Crim.
232 n
Schütze
E, KV

<36635033630014

<36635033630014

Bayer. Staatsbibliothek

Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen.

Zugleich ein Beitrag

zur

Läuterung der gesammten Lehre

von der

Verbrechermehrheit.

Von

Dr. **Theodor Reinhold Schütze,**

Professor der Rechte.

Leipzig 1869.

J. M. Gebhardt's Verlag.

(Leopold Gebhardt.)

122 Gg

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Auch für die Wissenschaft gelten Erfahrungen des Lebens. Wer am alten anscheinend noch festen Gebäude einen theilweisen Um- oder Ausbau unternimmt, der mag bedenken wie er immerhin Gefahr läuft auf morschen Ruinen ein unhaltbares Werk aufzuführen. Er wird wohlthun, vorerst die Grundmauer umsichtiger Prüfung zu unterziehen. Nur allzuoft zeigen sich bei solcher Probe in den allgemeinen Grundbegriffen und Dogmen des Lehrgebäudes, wie es dasteht, mancherlei Gebrechen: Risse, Lücken, unbrauchbares Material. Und geboten erscheint es, einstweilen den Oberbau zu stützen, die Fundamente aber neuherzustellen. Die Methode ist nichts weniger als neu; gleichviel, wenn sie nur neue Ergebnisse liefert. Verfasser gegenwärtiger Schrift unternahm es, ausgehend von dem sog. Concursus necessarius — einer Specialfrage, die befriedigender Lösung annoch zu harren schien — und schliesslich zu derselben zurückkehrend, in diesem Kreislaufe der Erörterung vor Allem die Grundlagen einer Revision zu unterwerfen und, da er dieselben aller Orten gebrechlich fand, an den heute noch herrschenden Dogmen der strafrechtlichen „Theilnahme" zu rütteln. Polemik war somit unerlässlich; doch durfte die Bekämpfung einer Irrlehre selbstverständlich der Hochachtung nirgend Abbruch thun, die wir deren tüchtigem Vertreter, unserem Gegner, zu zollen haben. Vorwiegend entnahm ich der Quellenforschung das Angriffsmaterial, vorwiegend musste dessen Verwendung auf rechtsgeschichtlich-dogmatischem Gebiete verbleiben. Allein durch Casuistik, sowie durch eingewebte Excurse über Bestimmungen der neueren Strafgesetzgebung (vorzugsweise des Preussischen Strafgesetzbuchs) hoffte ich auch dem Praktiker das Werk mundgerecht zu machen. Begreiflicherweise habe ich mir in beiderlei Beziehung gewisse Schranken gesetzt, namentlich aber die Commentare zur neuesten Strafgesetzgebung nur in höchst geringem

Masse herbeigezogen, von der Erwägung geleitet, dass deren Material durch die bevorstehende Codification des Norddeutschen Strafrechts sein unmittelbares Interesse verlieren wird.

Im Uebrigen war ich bestrebt, gleichsehr der neueren wie der älteren Strafrechtsliteratur gerecht zu werden. Zu meinem Bedauern aber kam mir das Werk von John: Entwurf mit Motiven zu einem St G. B. für den Norddeutschen Bund (1868) erst in der eilften Stunde zuhänden, und zwar nach Absendung meines Manuscripts. Jenes reichhaltige Werk konnte daher nur noch durch Einschaltungen am Schlusse der Arbeit, sowie durch eine abgesonderte kritische Beleuchtung (s. §. 67 gegenwärtiger Schrift) des Titels „von der Theilnahme" in den Bereich dieser Erörterungen gezogen werden. Meine Ansichten. über Selbstmord, Betheiligung am Selbstmorde, Tödtung eines Einwilligenden, Nothstand u. s. f. sind durch die Bemerkungen Johns (Entw. §§. 33. 139. Mot. S. 274—276. S. 428—432) nicht erschüttert worden.

Vielleicht darf ich hoffen, dass die Ergebnisse gegenwärtiger Monographie im Wesentlichen den Beifall mindestens solcher Criminalisten finden werden, die in ähnlicher Richtung schaffend oder wirkend verwandte Ziele verfolgen. Wenn nicht, dann werde ich der Worte Feuerbachs (Vorrede zur neunten Aufl. des Lehrb. 1825) mich getrösten: „Der beste Theil aller literarischen Thätigkeit besteht nicht sowohl in dem, was sie gibt, als in demjenigen, was sie in anderen Geistern anregt und durch diese wirkt". Ein Gedanke, welcher dem Riesengeiste eines Feuerbach Befriedigung gewährte, mag dem zwerghaften Epigonen als Fundgrube des Trostes erscheinen. Noch mehr aber beruhigt mich ein anderer Gedanke: Jede gewissenhafte Quellenforschung trägt, von ihren Ergebnissen ganz abgesehen, in sich selber die Verheissung eines mehr oder minder grossen Werthes für Wissenschaft und Leben. Sinnigeren Ausdruck hat eben diese Wahrheit meines Wissens nirgend gefunden, als in dem bekannten Schatzgräber-Mythos, welchen man dem Aesop zuschreibt (Myth. 33). Auch uns gilt der mahnende Zuruf, zu graben im Felde der positiven Wissenschaft, der Rechts- und Dogmengeschichte, zu graben ohne Unterlass. Mögen wir immerhin den gesuchten Schatz nicht finden — das Erdreich, lockerer und ergibiger gemacht, wird vielfältige Frucht tragen und so nichtgesuchte Schätze gewähren.

Kiel, im Januar 1869. D. V.

Inhaltsübersicht.

Zur Einleitung.

		Seite
§. 1.	Gebrechen der heutigen Strafrechtsdoctrin	1
§. 2.	Belege. Insbesondere: die Strafrechtstheorien — der Thatbestand — die Urheberschaft — das Komplott	8
§. 3.	Plan und Ziel dieser Schrift	23

Erster Theil.

Die Frage und deren bisherige Lösung.

Erster Abschnitt.

Dogmengeschichtliche Darstellung.

§. 4.	Die sogenannte nothwendige Theilnahme am Verbrechen	28
§. 5.	Die Genesis der Frage	31
§. 6.	Die fernere Entwickelung	36
§. 7.	Eine erfolglose Opposition	40
§. 8.	Die epochemachende Theorie Berners	45
§. 9.	Oppositionen gegen die Bernersche Begründung	50
§. 10.	Der neueste Widerspruch gegen das Dogma selbst	52

Zweiter Abschnitt.

Kritik der bisherigen Lösungsversuche.

§. 11.	Disposition für die Kritik	54
§. 12.	1. Die ältere Isolirungstheorie	55
§. 13.	2. Die Connivenztheorie	57
§. 14.	3. Die Objectstheorie	62
§. 15.	4. und 5. Die Theorien Köstlins und Temmes	67
§. 16.	Heutiger Stand der Frage	71

Zweiter Theil.

Die Lösung der Frage.

Erster Abschnitt.

Die Grundlage der allgemeinen Lehre von der Verbrechermehrheit.

Seite

§. 17. Die contagiöse Macht des Bösen. Die geistige Einwirkung und Rückeinwirkung 74
§. 18. Die sittliche und rechtliche Schuld 77

Verhältniss der Quellen zu dieser Grundlage.

§. 19. I. Das römische Recht 82
§. 20. II. Das canonische Recht 95
III. Das germanisch-romanische und gemeine deutsche Recht.
§. 21. A. Die Volksrechte 104
§. 22. B. Die Rechtsbücher 109
§. 23. C. Die italischen Praktiker 122
§. 24. D. Unmittelbare Vorgänger der Bambergensis und Carolina, insbesondere die Wormser Reformation 128
§. 25. E. Standpunct der Bambergensis und Carolina 137
§. 26. F. Die fernere Entwickelung im 16. Jahrhundert 147
§. 27. G. Das Zeitalter Carpzovs 154
§. 28. H. Die neuere Zeit 159

Zweiter Abschnitt.

Der Ausbau der allgemeinen Lehre von der Verbrechermehrheit.

A. Die Schuldantheile der Mitverbrecher im Allgemeinen.

§. 29. Zurechnung und Schuld 169
§. 30. Aeusserliche Zurechnung: der Thatantheil 173
§. 31. Innerliche Zurechnung: der Schuldantheil 179
§. 32. Innerliche Zurechnung: der Mitschuldantheil 186
§. 33. Gesammtergebniss 191

B. Die Schuldantheile der Mitverbrecher im Einzelnen.

§. 34. I. Die Mitthäter 194
§. 35. a. Die sog. zufällige Mitthäterschaft 199
§. 36. b. Das sog. Komplott. Dogmengeschichtliches 205

Seite

§. 37. Heutiger Stand der Komplottlehre 211
§. 38. Die verbrecherische Vorverständigung, ein Straferhöhungsgrund . 221
§. 39. Anwendung auf besondere Fälle (Einfluss individueller Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe). Rückblick auf die Komplottlehre . . 228
§. 40. c. Die Bande . 234

II. Thäter und betheiligte Nichtthäter.

§. 41. a. Anstifter und angestifteter Thäter 243
§. 42. Das Wesen der Anstiftung 247
§. 43. Anwendung auf besondere Fälle 254
Vermeintliche Anstiftung. Einfluss individueller Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe in der Person nur des Anstifters oder nur des Thäters. Ausnahmsweise Straflosigkeit des Thäters.
§. 44. Fernere besondere Fälle und Fragen 261
Mitanstifter. Successive Anstiftung. Geistige Hülfe oder Anstiftung? Einfluss des Umstandes, dass der Angestiftete im Gegenstande sich vergreift: Error in objecto des Thäters — für den Anstifter aberratio delicti.
§. 45. Rückblick auf die herrschende Lehre 270

b. Helfer und Thäter.

§. 46. Begriff der Hülfe . 274
§. 47. Weitere Ausführung des Begriffs 281
§. 48. Anwendung auf besondere Fälle 287
Einfluss der Straflosigkeit des Thäters auf den Helfer bzw. Anstifter: 1. Individuelle Gründe. 2. Gründe der Criminalpolitik (Selbstmord u. s. f.). 3. Gründe der Billigkeit (Verletzung im Nothstande).
§. 49. Fernere besondere Fälle und Fragen 299
Einfluss individueller Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe in der Person nur des Thäters oder nur des Helfers.
§. 50. Arten der Hülfe . 303
§. 51. That- und Schuldantheil des Helfers 307
§. 52. Rückblick auf die herrschende Lehre 313

Dritter Abschnitt.

Die begriffsmässige Verbrechermehrheit insbesondere.

§. 53. Allgemeines. Systematische Uebersicht 316

Erste Abtheilung.

Die echte begriffsmässige Verbrechermehrheit.

Gruppe I: Fälle des gegenseitigen Zusammenwirkens.

§. 54. Allgemeines . 321
§. 55. 1. Der Zweikampf 325
§. 56. 2. Die Bestechung 336

Seite

3. Verbrechen und Vergehen an der Ehe.

§. 57. Ehebruch und Doppelehe. Heutiges Verhältniss 345
§. 58. A. Der Ehebruch insbesondere 349
§. 59. B. Die Doppelehe insbesondere 357

§. 60. 4. Verbrechen oder Vergehen an der Geschlechts-Sittlichkeit: Blutschande. Widernatürliche Unzucht. — Andere Fälle 362

Gruppe II: Fälle des einseitigen Zusammenwirkens.

§. 61. Allgemeines . 367
§. 62. 1. Der Aufruhr . 370
§. 63. 2. Auflauf und verwandte Vergehen bzw. Verbrechen 376
Auflauf. Meuterei. Zusammenrottung zu Plünderung oder Hausfriedensbruch. Hochverrathsverabredung. Strafbare Verbindung.

Zweite Abtheilung.

Die unechte begriffsmässige Verbrechermehrheit.

§. 64. Gruppe I: Fälle, in welchen die Einheit des Verbrechens fehlt . 382
Kuppelei. Hehlerei. Begünstigung. Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen.

§. 65. Gruppe II: Fälschlich herangezogene Fälle, die eine Mehrheit von Verbrechern nicht voraussetzen 395
Hochverrath. Landfriedensbruch.

Schlusserörterungen.

§. 66. Widerlegung möglicher Einwendungen 400
§. 67. John: Entwurf mit Motiven zu einem St G. B. für den Norddeutschen Bund. Theil I. Titel 3. 404
§. 68. Gesammtergebniss in Form eines Entwurfs 411

Quellenregister . 417.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Zur Einleitung.

Principiis obsta.

§. 1.

Gebrechen der heutigen Strafrechtsdoctrin.

Bei Feststellung einer Reihe der wichtigsten Fragen und Lehren des Strafrechts ist die Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte den Händen der Doctrin entschlüpft, um sodann auf selbstgewähltem Wege ihr voranzueilen. Nicht ohne Beschämung müssen wir es bekennen; aber die Thatsachen reden. Und ferner ist es Thatsache, dass die Doctrin begonnen hat, zögernd aber nicht widerwillig den neuen Bahnen der Gesetzgebung in einzelnen jener Fragen und Lehren sich anzubequemen. Wo dies geschehen ist, da hat das naturgemässe Verhältniss zwischen Doctrin und Legislation, wie es im Beginn unsres Jahrhunderts noch bestand, meines Erachtens sich umgekehrt. Nicht jene hat dieser, sondern vielmehr diese jener manchen fertigen Stoff überliefert. Irre ich nicht, so ist es für uns an der Zeit, durch dies offene Geständniss der Wahrheit die Ehre zu geben: die Gesetzgebung hat vielfach den Schulstaub abgeschüttelt, welcher hier und da sich angehäuft hatte. Man fühlte den Drang nach durchgreifender Reform des geltenden Strafrechts an Haupt und Gliedern. Die Theorie aber des sog. heutigen gemeinen Criminalrechts schien für eine erhebliche Anzahl von Lehren und Fragen gesundes Material zum Neubau überall nicht, oder doch nur ungenügendes zu liefern. Wir beklagen, aber wir begreifen es, wenn man im Auslande seine Ankäufe machte, wenn man dem fremden Rechte, und zwar dem in deutschen Grenzgebieten bereits eingebürgerten, entlehnte, was man daheim vergeblich zu suchen vermeinte. Begnügen wir uns nicht mit der Ausrede, die Landesgesetzgebung habe dadurch nur dem gemischten Recht dieser oder jener Provinz

sich anbequemen wollen. Ich mögte glauben, dass wir hinreichenden Grund haben, die Ursache jener Erscheinung tiefer zu suchen, nämlich in dem Zustande der Doctrin des gemeinen deutschen Strafrechts.

Nunmehr stehen sie da, die neuen Gebäude; immer noch stattlich genug. Aber das deutsche Gepräge tragen sie nicht in allen ihren Theilen. Sind sie etwa Ruhmesdenkmäler, dem Stande der heutigen Strafrechtswissenschaft errichtet? Wollte Jemand wagen, diese Frage zu bejahen, die heutige Doctrin würde die erste sein, den Schmeichler von ihrer Schwelle zu weisen. Aber sie muss meines Erachtens ein Mehreres thun; sie muss das positive Geständniss ablegen, dass die Gesetzgebung unter Anderem auch deshalb im Code pénal ihr Bedürfniss zu befriedigen suchte — sicherlich nicht der beste Nothbehelf —, weil sie mit mancher neueren Schulweisheit schlechterdings nichts anzufangen wusste. Freuen wir uns bei aller Selbstanklage mindestens darüber, dass man jenseits ein Gebrechen der gemeinrechtlichen Doctrin herausgefühlt, seltener einmal auch wohl deutlich erkannt hat.

Aber ist dieser Vorwurf begründet, vermogte wirklich die Strafrechtsdoctrin brauchbare Bausteine nicht zu liefern? Gegenwärtige Schrift wird versuchen, einer Einzelmaterie — der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen — Belege für die Wahrheit unsrer Behauptung zu entnehmen. Man beweise mir dann das Gegentheil, und ich werde nur allzu freudig mich beeilen, den Irrthum offen und ohne Rückhalt zu bekennen. Bis dahin aber glaube ich im Recht zu sein. Freilich, man konnte ein neues Gesetzbuch zu Tage fördern, strotzend von den Begriffen: Thatbestand, Urheberschaft, Komplott, dolus generalis oder gar indirectus, und anderen dieser Art. Man durfte nur noch einen allgemeinen Titel voranstellen, worin der Gesetzgeber seine „Strafrechtstheorie" entwickelte, indem er für die Strafgewalt des Staats den seiner Ansicht nach alleinwahren Rechtsgrund ausführte, und das Mass war voll. Ein günstiges Gestirn hat uns vor dieser Erfahrung behütet. Wahrlich, die Doctrin müsste ein Dankfest begehen, dass ihre eignen Rathschläge an dem Panzer des gesunden gesetzgeberischen Tactes abgeprallt sind. Gross genug ist ohnehin unsre Verantwortung; die Codification hat bei guten Vorsätzen dennoch mancher Ueberreste jener Pseudobegriffe sich nicht erwehrt.

Dass aber fremdes Recht zur Aushülfe nur allzu eingreifend herbeigezogen worden, Niemand beklagt es mehr, als der Verfasser dieser Schrift. Es ist eine Ehrensache des Volkes, seine nationalen Gebilde aus eignem Samen zu zeugen, vor Allem Sprache, Sitte und Recht. Allein man darf vor der tieferen Ursache das Auge nicht verschliessen.

Jenes Uebel war vielleicht ein nothwendiges, wenn Codification unerlässlich schien. Die Wirkung sehen wir vor uns: ein Werk gemischten Stils, das seine Dienste thut, aber Herz und Auge nicht überall erfreut. Es wird den Schweiss anderer Jahrzehnte kosten, die fremdartigen Formen und Bausteine wiederum hinauszuschaffen, sie durch gesunde einheimische zu ersetzen, damit ein harmonisches Ganze in die Erscheinung trete. Vor allen Dingen aber ist dies Eine unabweislich geworden: dass man die wahre Ursache, die Gebrechen der heutigen Doctrin, erkenne, dass man sie ohne Scheu bei dem rechten Namen nenne. Dann, meine ich, ergeben sich die Heilmittel von selbst. Trügen nicht alle Zeichen, so ist der Weg dazu, wenn nicht betreten, doch bereits von Manchen vorgezeichnet. Möglich, dass es noch nicht zu spät ist; möglich, dass es noch in der eilften Stunde gelingt, während die Codification des Norddeutschen Strafrechts vor der Thür steht, an einzelnen Lehren und Fragen den Nachweis zu liefern, wie das positive deutsche Criminalrecht wirklich ein genügendes Material zum Neubau zu liefern vermag, wenn man nur die falschen und willkürlichen Bestandtheile von demselben wiederum abstreift, mit welchen die Doctrin unseres und des vorhergehenden Jahrhunderts den reinen Stoff versetzt hat.

Die Strafrechtswissenschaft (lieber spräche ich von Strafrechtstheorie, hätte nicht dieses Wort einen ominösen Klang) hat zu operiren mit Begriffen des positiven Rechts — denn sie will Theorie des positiven Strafrechts sein —, nicht mit solchen der Rechtsphilosophie. Sie hat zu prüfen: was ergibt an einfachen anerkannten Begriffen die ältere Rechtsgeschichte, welche Umwandlungen haben im Lauf der Zeiten diese erfahren durch den Zusammenstoss der verschiedenen Rechtsquellen, durch die Praxis, das Organ der Strafrechtsgewohnheit, getragen von dem Volksbewusstsein bei fortschreitender Cultur, und durch die Gesetzgebung? Die fernere Frage, ob jene überlieferten Begriffe in der heutigen Rechtsanwendung sich bewähren und annoch zeitgemäss erscheinen, diese Frage bedarf wissenschaftlicher Prüfung kaum. Denn die Praxis unserer Zeit, zugänglich in jeglicher Form, trägt die Antwort uns fertig entgegen. — Ein ganz anderes Gebiet gehört der Philosophie des Strafrechts. Diese hat nachzuforschen der Idee des Rechts und der Rechtsordnung, dem Rechtsgrunde der Strafgewalt, dem allgemeinen Begriffe des Verbrechens und der Strafe, den zulässigen Strafübeln, dem letzten Grunde, auf welchem Widerrechtlichkeit und Strafbarkeit des Einzelverbrechens beruht u. s. f. Auch diese Wissenschaft hat ihre Geschichte — die Geschichte der Straf-

rechtsphilosophie —, aber die Prüfung jener Fragen steht hoch über dem Wechsel der Zeiten und positiven Normen. Sie hat nur Eine Schranke, den Culturstandpunct des Prüfenden selber, der doch auch ein Kind seiner Zeit ist und bleibt. Auf diesem vollberechtigten Felde der rechtsphilosophischen Prüfung, und auf keinem anderen, ist die Frage auszufechten, ob neue Begriffe, neue Grundsätze die Stelle der alten geltenden einzunehmen berufen sein mögten, auf diesem Felde ist die Construction jener Begriffe und Grundsätze zu neuen Rechtsinstituten zu versuchen und zum Austrage zu bringen. Erst dann, wenn der Abklärungsprocess dort vollzogen ist, wenn in demselben dies oder jenes neue Princip seine Probe bestanden hat — die Mehrzahl wird als Schlacken, ein Minimum als reines Gold sich erweisen — erst dann entsteht die Frage, ob das geltende Recht Neigung verspürt, dieser rechtsphilosophischen Ergebnisse sich zu bemächtigen, sich dieselben anzueignen. Gesetzgebung und Volksgewohnheit — letztere hier im Gewande des Strafgerichtsgebrauchs erscheinend — sind die Münzstätten, welche alsdann das eingelieferte Metall in geltende Normen umprägen. Haben so ursprünglich rechtsphilosophische Grund- und Folgesätze in Gesetzgebung oder Gerichtsgebrauch Eingang gefunden, dann sind sie eben Bestandtheile des positiven Rechts geworden. Erkennt man sie nachträglich dennoch als Irrlehren, als Scheinwahrheiten, oder als undurchführbare wenn gleich logischrichtige Gedankenexperimente — die fortgesetzte Rechtsanwendung ist der Prüfstein —, dann muss die Wissenschaft des positiven Rechts bemüht sein, das Angeeignete wiederum auszustossen, indem sie auf Gesetzgebung und Praxis in solcher Richtung einzuwirken sucht; was ihr allendlich gelingen wird, wenn wirklich die praktische Undurchführbarkeit bereits sich erwiesen haben sollte. Nur darf uns nicht Wunder nehmen, wenn man drüben eine gewisse Zähigkeit zeigt, ein Widerstreben, das einmal vielleicht nach schwerem Kampfe Angenommene wiederum fahren zu lassen.

Ich mögte glauben, dass Vorstehendes auf sonderlichen Widerspruch nicht stossen wird, wie es denn auch den Reiz der Neuheit keineswegs beansprucht. Man wird zugeben, dass jene Trennung der Gebiete gleichsehr dem gesunden Menschenverstande und der Wissenschaftslehre entspricht. Nun aber fragen wir: diese Grenzscheidung zwischen positiver Strafrechtswissenschaft einerseits und Strafrechtsphilosophie andrerseits, hat sie sich vollzogen in der Disciplin, welche wir die Theorie des heutigen Strafrechts nennen? Hat, wie im Privat- und Processrechte, so auch im Strafrecht eine historische Schule entschei-

dende Erfolge aufzuweisen? Man werfe nur einen Blick einerseits auf die Darstellung des Kampfes im Strafrechtsgebiete zwischen den Streitern der historischen und der philosophischen oder der gemischten („historisch-philosophischen“) Methode, wie das treffliche Werk unseres

Geib, Lehrb. I. §. 5—9

in aller Kürze ihn schildert, und andererseits auf die Lehrbücher der letzten Decennien, geschrieben von den Koryphäen unsrer Wissenschaft. Und nicht leicht wird Jemand die These vertheidigen, wir seien im Strafrecht erheblich fortgeschritten seit der Zeit, wo

Feuerbach, Lehrb. §. 4

allen Ernstes den allgemeinen Theil des positiven Strafrechts einen „philosophischen“ nannte. Oder stossen wir nicht noch in dem Lehrbuche Berners auf das Postulat von der „Unerlässlichkeit des philosophischen Standpunctes“, von „der philosophischen Idee als dem inneren Wesen der Geschichte“, von der Philosophie, welche „Rechtsquelle“ d. h. eine solche des positiven Strafrechts sei,

vgl. Berner, Lehrb. §§. 2. 56. 63,

und auf Polemik wider die historische Schule, eine Polemik, welche an die auf einem anderen Rechtsgebiete längst überwundenen Theorien Thibauts erinnert?

Nennen wir das Gebrechen bei seinem Namen. Es ist die willkürliche Einmischung rechtsphilosophischen Materials, woran unsre Doctrin noch heute krankt. Wo aber die Doctrin kränkelt, da leidet das Strafrecht. Wir hören aller Orten das Urtheil aussprechen, es stehe die Strafrechtswissenschaft weit zurück vor der des Civilrechts, des Processes. Entweder es unterscheide sich jene Disciplin von allen anderen, es sei nämlich dieselbe ihrem Wesen nach eine philosophische Rechtsdisciplin, oder sie sei das freilich nicht, aber heute noch wenig entwickelt. Wie gern mögte ich in diesem Ausspruche ein reines Vorurtheil entdecken; ich vermag es nicht. Leider ist es nur zu wahr, das Urtheil nämlich; wenn gleich nicht die eine seiner Begründungen, dass dem Strafrechte selbst ein philosophischer Character innewohne. Hierin, und hierin allein liegt der Irrthum, das Vorurtheil. Noch mehr. Wenn Tironen des Rechtsstudiums dauernd ein überwiegendes Interesse an die Strafrechtswissenschaft fesselt, dann erblicken wir mit Recht darin ein bedenkliches Prognostikon, ein Wahrzeichen, das eine grosse Zukunft sicherlich nicht verheisst. Ich nenne es den Mangel der positiven Ader. Doch zurück zu dem erwähnten Vorurtheil. Ist denn in der That das Strafrecht eine weniger positive Rechtsdisciplin, gemischt aus geltendem und nicht geltendem weil rechtsphilosophischem

Stoff? Der innere Widerspruch dürfte handgreiflich sein; denn nur positives Recht ist — Recht. Nicht einmal in andrer Fassung vermag ich das einzuräumen, was der wunderliche Ausdruck „philosophisches Recht“ wohl eigentlich sagen will: es sei die Philosophie überhaupt hier mehr als anderswo unentbehrliche Hülfswissenschaft oder — wenn man diese schärfere Bezeichnung vorzieht — wissenschaftliche Grundlage. Unleugbar sind psychologische Kenntnisse dem Criminalisten, sei er übrigens Theoretiker oder Praktiker, in hohem Masse förderlich, insbesondre bei der Lehre von der Zurechnung und Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Mitschuld u. s. f. Allein nicht minder dem Civilisten für die Begriffe der Willensfähigkeit, Handlungsfähigkeit, der Willenserklärung, von dolus und culpa, Motiven u. s. f. Fassen wir daher den Sinn jenes Vorurtheils in die dürre Frage: Rechtfertigt das Wesen der Strafrechtsdisciplin die philosophirende Richtung der Doctrin, welche dem positiven Recht ihre der Rechtsphilosophie entnommenen, und auf diesem Gebiete vollberechtigten Begriffe und Folgerungen unmerklich, meist auch unbewusst, unterschiebt? Nicht leicht wird Jemand diese Frage unbedingt bejahen. So aber, wie die Frage angibt, verhält sich in der That die Sache. So und nicht anders war das Verfahren der sog. philosophischen, so und nicht anders ist noch heute das Verfahren der sog. philosophisch-historischen Schule. Während andere Rechtsdisciplinen ihre naturrechtliche Periode, Anwandlungen eines subjectiv-constructiven Gelüstes, unlängst überwunden haben — Dank im Privatrechtsgebiete der historischen Schule —, steckt das Strafrecht der heutigen Doctrin annoch im Klärungsprocess, hat dieses seine philosophirende, seine gemischte Richtung nicht abgestreift. An Belegen dafür wird es in gegenwärtiger Schrift nirgend fehlen. Ich meine, Praxis wie Gesetzgebung unsres Jahrhunderts hat der bitteren Erfahrungen eine genügende Anzahl aufzuweisen.

Die nächste Folge des angegebenen Gebrechens unsrer Doctrin tritt fortwährend hervor in der Haltung, welche neuen Forschungen der Strafrechtswissenschaft gegenüber die Praxis einnimmt. Sie argwöhnt im neuconstruirten Lehrgebäude ein Kartenhaus oder gar Luftschloss, in anderem Bilde: eine Regenwasseransammlung, die als ergiebiger See sich darbietet, um zur Sommerzeit für immer zu versiegen. Erfahrung hat die Praxis misstrauisch, um nicht zu sagen kopfscheu gemacht. Befreundet sie sich aber endlich einmal mit der neuen Idee, lässt sie diese Fuss fassen in der Rechtsanwendung, dann will sie dieselbe nicht alsbald wiederum fahren lassen. Jahrzehnte lang hält sie mit Zähigkeit fest daran, nachdem die communis doctorum opinio

den Begriff und dessen Folgesätze längst bei Seite geworfen, nahezu vergessen hat. Bedarf es eines Beispiels? Hier ist es: die culpa dolo determinata. Gewöhnt an diesen nicht selten bequemen Zwitterbegriff vernimmt noch heute der ältere Praktiker mit Erstaunen, wie die Wissenschaft die eigne Leibesfrucht als ein Monstrum todtgeschlagen und vor Jahrzehnten begraben, wie der Zögling heutiger Theorien kaum des Balges Namen kennt und vornehm lächelnd von ihm reden hört. Was Wunder, wenn der bitter getäuschte Praktiker Danaergeschenke scheut, sobald ihm die Doctrin von zehn zu zehn Jahren je ein neues Gebilde der philosophischen — angeblich der logisch-juristischen — Speculation in glänzender Schale darbietet! So würde es dem dolus indirectus Köstlins ergangen sein, hätte derselbe in der Doctrin Anklang gefunden. Man hatte an dem dolus indirectus Nettelbladts seine Proben gemacht. Und in der That, wir sind den Factoren des positiven Rechts Dank schuldig für diese spröde Stimmung, diese abwehrende Haltung. Denn sie zwingt die Doctrin zu wiederholter Prüfung, und siehe da, die communis opinio wird wohl einmal anderer Ansicht, das neue Anerbieten unterbleibt. Wollte man uns doch zu wiederholten Malen mit einem generellen dolus beglücken — und bereits hatten zwei Gesetzgebungen vorschnell nach dem Gebilde gehascht, als es in Nebel zerfloss.

Hand in Hand mit dem geschilderten Gebrechen unsrer Wissenschaft tritt ein zweites auf, kaum weniger gefährlich in seinen Folgen. Ich bezeichne es in aller Kürze als: die willkürliche, den einfachen Begriffen des positiven Rechts nicht entsprechende, also unpositive Terminologie. Man gibt dem Dinge vor der Hand einen neuen Namen, einen Namen von vollem Klange. Allein der Name trägt in sich eine neue Vorstellung. Bald anspruchslos auftretend, bald als Errungenschaft hochgepriesen, bürgern Bezeichnung und Vorstellung sich ein. Von Anbeginn unklar gedacht, erweitert sich der Pseudobegriff in ungeahnte Dimensionen; vom Einen so vom Anderen anders verstanden, überwuchert er in wenigen Jahrzehnten die klaren Vorstellungen des positiven Rechts, dem Unkraut gleich das reine Gewächs erstickend. Aus dem selbstgemachten Begriff zieht man Folgerung über Folgerung, und das Gebäude — dem die geschichtliche Grundmauer fehlt — steht blendend genug da vor Aller Augen. Arglos wohnt man sich ein, und eines Tages stürzt das vielstöckige Bauwerk über unseren Häuptern zusammen. Die Baupolizei musste bei Zeiten einschreiten.

Es wird die Aufgabe des nächsten Paragraphen bilden, diese

Philippica mit einigen schlagenden Beispielen zu belegen, an gangbaren Einzelbegriffen der Doctrin die innere Nichtigkeit aufzuzeigen. Wir können das Verdienst neuerer Gesetzgebungen wiederum nicht hoch genug anschlagen, wenn dieselben einzelne dieser Blendwerke im Princip wenigstens von sich gestossen haben. Allein es wird sich andrerseits nicht verhehlen lassen, dass dennoch auch in diesen Gesetzgebungen unheilvolle Ueberreste von Trugbegriffen der Doctrin noch heute fortwuchern, einzelne derselben sogar in voller Blüthe dastehen.

Angesichts solcher Gebrechen liegt der Wunsch nahe, es möge eine kritisch-historische Schule sich bilden, mit dem erklärten Zweck, das Strafrecht von Auswüchsen der neueren Doctrin zu reinigen und zu heilen, es möge auch in unsrer Disciplin ein Reformator des positiven Rechts, ein Savigny, ein Puchta erstehen. Für uns aber gilt es mit schwachen Kräften beginnen, und zwar ohne Säumen.

§. 2.

Belege. Insbesondere: die Strafrechtstheorien — der Thatbestand — die Urheberschaft — das Komplott.

Ein Bild von dem Zustande der Strafrechtsdoctrin — zugleich ein Zeugniss für die Wahrheit meiner Anschuldigungen — stellt der Augenschein zu Gebot. Die Lehrbücher des gemeinen deutschen Strafrechts beginnen fast ohne Ausnahme mit den sog. „Strafrechtstheorien“. Gäbe es keinen anderen Beleg für unsere erste Behauptung, dass die Disciplin mit rechtsphilosophischem Material strotze, nichts weniger als positive Wege einschlage, dieser eine würde genügend sein. Eine apriorische Untersuchung über den Rechtsgrund der Strafe sollte man einzig in den Systemen der Rechtsphilosophie erwarten. Weit gefehlt, mit vollem Bewusstsein schickt man dieselbe der geschichtlich-dogmatischen Darstellung des positiven Rechts voraus, um den Wanderer im Beginn der Reise sofort auf falsche Fährte zu leiten. Oder geschieht es etwa nicht mit vollem Bewusstsein, wenn Köstlin, N. Revision S. 16 in anerkennenswerther Aufrichtigkeit erklärt:

> „Es muss wieder — philosophisches und positives Strafrecht, und vor Allem in dem sogenannten allgemeinen Theile, amalgamirt werden.“

Wenn man noch an der allerdings wenig erspriesslichen Prüfung sich genügen liesse, welchen Strafzweck die Römer, die Canones, die altgermanischen Quellen, die P. G. O. und andere Reichsgesetze gelegent-

lich betonen —, ob „lieb der gerechtigkeit“ und „gemeinen nutzen“, ob Abschreckung oder Besserung, oder alles dieses bunt durcheinander. Nein, man octroyirt dem positiven Recht die ganze Summe der höchst geistreichen Theorien über Princip und Gründe der Strafgerechtigkeit, ein ganzes grosses Capitel der Rechtsphilosophie. Die „Amalgamirung“ ist freilich dann im besten Gange, das Ergebniss darf Staunen nicht mehr erregen. An der Rechtsphilosophie wird ein Operationsexperiment vollzogen, sie muss ein gesundes Glied hergeben, damit man dem positiven Strafrecht es anflicken könne, — die Strafrechtsphilosophie. Wer wollte es rügen, wenn man den Begriff des Strafrechts auf die Rechtsordnung, und Strafe wie Verbrechen auf deren naturgemässe Reaction wider den Bruch oder Angriff von Seiten des Einzelwillens zurückführt! Allein wie in aller Welt finden die geistvollen Deductionen eines Kant, Fichte, Hegel und Stahl über den letzten Grund der Strafgerechtigkeit in Lehrbüchern des Criminalrechts ihre Stelle? Wir selbst werden den Epigonen als psychologisches Räthsel erscheinen. Lässt sich nach solchem Beginn Anderes erwarten, als bei Gelegenheit der Zurechnungsfähigkeit eine rechtsphilosophische Entwickelung der Willensfreiheit vorzufinden, bei welcher man wohl oder übel durch das selbstbewusste Ich, durch dessen Kampf mit der Nothwendigkeit, und endlich durch das Stadium der Willkür hindurchgeschleppt wird? Ist denn wirklich das Schicksal ein so überaus beneidenswerthes, von den Juristen für einen Philosophen, und von den Philosophen für einen Juristen gehalten zu werden? Und, was schlimmer ist, das positive Strafrecht wird durch solche Behandlung verbildet, der natürlichen Anlagen beraubt, und dem Urtheil preisgegeben, es möge alles Andere sein, etwa recht gute Philosophie, Eins sei es nicht — positives Recht. Und doch ist es seiner Natur nach ein frisches, lebenswarmes Erzeugniss des Volksbewusstseins von Jahrtausenden, welchem der aufgezwungene philosophische Doctorhut gar übel ansteht.

Weniger unheilvolle Folgen, ich gebe es zu, hat bisher die neuere Auflösung des dolus in Vorsatz und Absicht auf das positive Recht geäussert. Um von anderen Begriffsbestimmungen abzusehen — deren eine, wenn sie alles Gewicht darauf legt (s. Herrmann, Arch. des Crim. R. 1856), dass die Absicht das Wissen des Gewollten, der Vorsatz das Wollen des Gewussten sei, m. E. übersieht, dass Bewusstsein die Voraussetzung jedes Willens, und dass die sog. Absicht eben auch ein Wollen ist —, scheint mir die von

Berner, Lehrb. §. 93

so kurz wie scharfsinnig aufgestellte einen befriedigenden Abschluss

der Streitfrage zu bieten. Allein ich muss auch hier betonen, dass die Untersuchung lediglich dem Gebiete der Rechtsphilosophie vindicirt werden muss, dass dieselbe mithin nicht bloss, wie

Geib, Lehrb. II. §. 93

bemerkt „in praktischer Beziehung eine ebenso müssige und unfruchtbare genannt werden muss, wie sie in sprachlicher Hinsicht als willkürlich und gezwungen erscheint," sondern dass die ganze Streitfrage weder den Rechtsquellen gemäss ist, noch überhaupt dem positiven Strafrecht angehört. Man verbanne sie daher aus den Lehrbüchern, da sie höchstens als Frage de lege ferenda auftreten darf. Man bedenke, wie man die Einfachheit der Begriffe Vorsatz = dolus und Fahrlässigkeit = culpa zu gefährden unternimmt, dass, wenn die Absicht der positiven Rechtsquellen vom Vorsatz unterschieden werden sollte, man auch den ferneren Schritt wagen musste, die „Arglist, Geverlichkeit, Freventlichkeit, Böslichkeit, Boshaftigkeit, Muthwilligkeit" u. s. f. der P. G. O. von deren „Fürsetzlichkeit" scharf zu scheiden, und wohin dies Haarspalten wohl allendlich führen würde. Die Versuchung mag gross sein, zwischen Absicht und Vorsatz eine Grenze zu ziehen. Umsomehr gilt es im positiven Rechte dieser Versuchung Widerstand leisten. Doch werden wir nicht umhin können, auf diesen angeblichen Unterschied unten (§. 31 dieser Schrift) zurückzukommen. —

Aber unsre Doctrin strotzt auch von irrigen und willkürlichen, jedenfalls unpositiven, Bezeichnungen und Begriffen. Belege dafür will ich schon hier nicht schuldig bleiben, wenngleich gegenwärtige Schrift deren nicht wenige bieten wird. Manche derselben freilich sind so harmloser und daneben handgreiflicher Natur, dass sie die Kritik kaum herausfordern. So spricht man noch heute von „psychologischer" Urheberschaft und Beihülfe. Als ob hier die Anstiftung beziehungsweise Hülfe durch Mittel oder nach Regeln der Psychologie erfolgte! Man sollte nur consequent sein, und diesem Monstrum eine physicalische oder gar physiologische Urheberschaft etc. entgegenstellen. Die Consequenz ist oft ein sicheres Gegengift. — Es gibt aber Belege, die einer ganz anderen wahrhaft bedrohlichen Gattung angehören.

Was ist: Thatbestand? Auf diese Frage erfolgen höchst verschiedene Antworten. Wie unterscheidet sich Thatbestand eines Verbrechens von dessen Begriff? Diese nothgedrungene Anfrage, die uns Rechtslehrern schon denkende Anfänger stellen — greifen wir in unsern Busen, ob Jemand im Stande ist, ihr mit klarer Antwort Rede zu stehen! Und doch sollte man glauben, es müssten Begriff und Thatbestand im materiellen Strafrecht Verschiedenes bedeuten, wenn wir

sehen, wie die hervorragendsten Criminalisten von „Begriff und Thatbestand des Verbrechens des Aufruhrs, des Ehebruchs“ u. s. f., wie sie von „allgemeinem Begriff und allgemeinem Thatbestand des Verbrechens“ reden.

Vgl. statt Aller nur Wächter, Abhh. aus dem Strafr. z. B. pag. 87. (107). 122. (147). 181. ff. 184.

Dess. Abh. im Arch. des Crim. R. (1835). Nr. 19. Ueberschrift: „Begriff und Thatbestand des Verbrechens“ etc.

Hälschner, Syst. des Preuss. Strafr. II. (1868). Inhaltsverz S. 1. 64. 120. 135. u. s. f.

Nirgend auch nur der Versuch, uns über jene Frage aufzuklären. Aber macht nicht Berner Lehrb. §. 75 einen solchen Versuch? „Thatbestand heisst der Inbegriff der Merkmale eines Verbrechens“ — „nur die wesentlichen Merkmale gehören zum Begriff des Verbrechens“. Also befasst wohl der Thatbestand auch ausserwesentliche Merkmale? Die ganze folgende Darstellung Berners widerspricht aber solcher Annahme. Wir stehen somit wiederum rathlos da. Andere geben nicht einmal Andeutungen über die Lösung des Räthsels, so

Hälschner, Syst. I. §. 113. Geib, Lehrb. II. §. 68.

Fassen wir daher den sog. Thatbestand der heutigen Doctrin näher ins Auge, so finden wir die gründlichste dogmengeschichtliche Untersuchung, wie aus der veritas delicti, aus dem „constare debet de delicto“ der Römer, der Glosse, der Volksrechte und der älteren Italiener das „corpus delicti“ des Farinacius, Carpzov u. A., aus diesem wiederum mehr und mehr anschwellend der riesenhafte „Thatbestand“ des Klein und nach ihm anderer Neueren sich entwickelt hat, bei

Luden, Abhh. aus dem gem. d. Strafr. Bd. II. (1840): Ueber den Thatbestand des Verbrechens etc. S. 3—110.

Dieser will von seinem Thatbestand doch wenigstens Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit ausschliessen, hat aber mit dieser Beschränkung keinen Beifall mehr gefunden. Man unterscheidet einen strafprocessualischen und einen strafrechtlichen Thatbestand. Freilich sieht Köstlin, Syst. §. 111. S. 364 den ersteren als einen „Wechselbalg“ am liebsten ganz verstossen, um seinen Schatz dem Strafrecht allein zu vindiciren; die Meisten aber werden im Nothfall das Umgekehrte vorziehen. Nun beginnt derselbe Köstlin a. a. O. mit der Ueberschrift: „Begriff oder allgemeiner Thatbestand des Verbrechens“, scheint also Beides für identisch zu erklären, ja auf S. 366 dies ausdrücklich zuzugeben. Wozu in aller Welt dann die zwei Bezeichnungen für ein und dasselbe! Geib a. a. O. S. 195 bezeichnet als „strafrechtlichen Begriff des That-

bestandes": den Inbegriff der gesetzlichen Merkmale (Erfordernisse), welche eine Handlung an sich tragen muss, um als Verbrechen betrachtet zu werden. Kürzer würde dies so lauten: Inbegriff der gesetzlichen (genauer: positivrechtlichen) Merkmale eines Verbrechens. Nun frage ich, was anders wäre denn der Begriff eines Verbrechens? Nennen wir etwa im Privatrechte den Begriff des Kaufgeschäfts dessen Geſchäftsbestand? Wozu die irreführende Doppelterminologie eben im Strafrecht! —

Wenn man weiter unterscheidet subjectiven und objectiven Thatbestand, so meint man nichts Anderes als den Inbegriff der subjectiven beziehungsweise objectiven Merkmale; diese aber sind wiederum lediglich die Bestandtheile des Verbrechens-Begriffs. Vom allgemeinen und besonderen Thatbestand ganz zu schweigen, was eben nur bedeuten soll: Begriff des Verbrechens im Allgemeinen — Begriff des besonderen Verbrechens. Und nun gar wesentlicher und ausserwesentlicher, wie Einige wollen. Man will doch nicht etwa die unwesentlichen Thatumstände für seinen „Thatbestand" in Anspruch nehmen? Dann bliebe nichts Anderes übrig, als das concrete Ergebniss einer Untersuchung, mit allen seinen ermittelten Thatumständen, wesentlichen wie ausserwesentlichen, ja unerheblichen wie erheblichen, den Thatbestand zu nennen, im Unterschiede vom Begriff eines etwa vorliegenden Delicts. Das aber wäre ein strafprocessualisches Institut, kein strafrechtliches, und durch das Wort: Untersuchungsergebniss — etwa die „rei veritas" der L. Liutprandi c. 138 (s. unten §. 21 d. Schr.) —, concretes Ergebniss, jedenfalls deutlicher bezeichnet. Die Doctrin hütet sich wohlweislich, diesen Weg einzuschlagen.

Zu allen Zeiten musste man anerkennen, was der gesunde Verstand lehrt, dass die objective Gewissheit oder doch Wahrscheinlichkeit, es sei in concreto eine verbrecherische That wirklich begangen worden, die Grundlage jeder Untersuchung oder Anklage bildet (constare debet de crimine commisso). Dieser einfachen Wahrheit aber einen Namen beizulegen, wie Thatbestand oder Aehnliches, ist den Quellen des positiven Rechts der guten alten Zeit nicht in den Sinn gekommen. Weder die Römer, noch die P. G. O. kennen solch ein Ding, sondern nur jenen selbstverständlichen Satz, welcher auch angesichts eines Geständnisses unverbrüchlich festgehalten werden müsse,

Röm. R.: L. 1. §. 24. D. de Sc. Silan. 29, 5.
Pauli S. R. III. 5. §. 12.
L. 1. C. ubi caus. fiscal. 3, 26.

P. G. O. Art. 6. verb. „ob die missethat — auch beschehen sei oder nit" (abweichend von Bamb. 10. und beiden Projecten. Art. 6). Art. 141. verb. „nach erfindung der that" etc.

Dies für das Inquisitionsverfahren besonders scharf hervortretende Erforderniss zieht, wie Luden a. a. O. zeigt, durch Glosse und Doctrin des Mittelalters sich hindurch, bis zuerst Farinacius, dem darin Carpzov, Kress, Boehmer u. A. folgen, auf den Einfall kommt — anknüpfend ohne Zweifel an eine damals praktische Ausdrucksweise — den Satz gelegentlich durch das anspruchslose Wort Corpus delicti zu kennzeichnen. Er versteht darunter den sinnlich wahrnehmbaren Anhalt für die evidentia delicti commissi, nämlich das körperlich-sichtbare Substrat einer verbrecherischen That, welches dann alsbald in sich begreift: die Leiche, die Wunden, die übrigen Spuren, die Werkzeuge. Ich mögte sagen: die Ablagerung der That. Dies muss sich aber bei anderen Verbrechen, die nicht facti permanentis sind, nothwendig verflüchtigen zu allerhand Indicien der That als Grundlage für den Beginn einer Untersuchung. Aber auch davon ganz abgesehen, war die Bezeichnung jenes Substrats durch „corpus" ebenso verwirrend wie willkürlich. Wie wenig zutreffend immerhin die Analogie der possessio sein mogte, wollte man einmal beim Delict von corpus reden, dann mogte man so hier wie dort dem corpus den animus entgegensetzen. Dann musste corpus (del. commissi) bezeichnen den Inbegriff aller äusserlich wahrnehmbaren Merkmale des begangenen Delicts: den Thatact selbst, und dessen Mittel, unmittelbaren Gegenstand, etwa sichtbaren Erfolg — animus (committendi delictum, delinquendi) dagegen das verbrecherische Wissen und Wollen des zurechnungsfähigen Delinquenten, namentlich also die vorsätzliche beziehungsweise fahrlässige Willensbestimmung. Freilich war mit dieser dogmatischen Spielerei Nichts gewonnen, ja dieselbe schien verwerflich, weil ihre Stütze — die Analogie des Besitzbegriffs — durchaus nicht passt. Allein immerhin war sie besser als jenes harmlose Unding des Carpzov und der Uebrigen. Man bedenke nur: ein corpus ohne animus als Gegensatz! Dergleichen Sünden wider alle Logik — ob mit, ob ohne klares Bewusstsein begangen — pflegen an den Enkeln sich zu rächen, auch wohl einmal bis ins dritte und vierte Glied, oder darüber hinaus.

Klein, Grunds. d. peinl. R. (1796). §. 68

bringt zuerst die unscheinbare Uebersetzung von corpus delicti: Thatbestand. Er hat nicht, wie Luden meint, dadurch ein Verdienst erworben, sondern der Nachwelt einen schlechten Dienst geleistet. Das

neue Wort, wie gewöhnlich erzeugt es eine neue Vorstellung, welche ein kaum sichtbarer Punct am Horizont auftaucht, um alsbald zur Gewitterwolke sich ausdehnend den Himmel zu überziehen. Man begann sofort neben jenem processualischen auch einen strafrechtlichen Thatbestand aufzustellen, der alle oder nur gewisse (überwiegend objective) Merkmale des Verbrechensbegriffs umfassen sollte. Nicht ohne Grund versuchte Stübel in dem vielgepriesenen Werke: Ueber den Thatbestand der Verbrechen etc. (1805) der Bedeutung bestimmte wenngleich immer noch weite Grenzen anzuweisen, nach ihm namentlich auch Feuerbach und endlich Luden. Nunmehr gab es ein corpus delicti (processualisch), einen Thatbestand (strafrechtlich), und einen Verbrechensbegriff. Allein umsonst, die Lawine liess sich nicht mehr aufhalten. Man wusste mit jenem Stückbegriff oder Begriffsstück nichts anzufangen, und gestattete dem strafrechtlichen Thatbestande die obenerwähnte Alles umfassende Ausdehnung. So die Doctrin. Die Gesetzgebung aber hielt überwiegend fest an einem lediglich processualischen Thatbestand, im Unterschied von Thäterschaft.

Wenn das materielle Strafrecht vom Thatbestande der Tödtung, oder eines Verbrechens im Allgemeinen redet, dann ist diese Bezeichnung ebenso überflüssig wie irreleitend. Es genügt vollkommen zu sagen: Tödtung, oder der Begriff der Tödtung, oder das Verbrechen der Tödtung liegt vor, bzw. ein Verbrechen liegt vor. An Stelle des objectiven bzw. subjectiven Thatbestandes ist weit deutlicher der Ausdruck: die objectiven bzw. subjectiven Merkmale u. s. f. Wer je in der Lage gewesen, wie Verfasser dieser Schrift, jenes Wort in fremde Sprachen übertragen zu müssen, der weiss, dass es ein Proteus ist, dass es bald Dies bald Jenes bedeutet, dem drängt der Gedanke unwiderstehlich sich auf: Glücklich die Sprache, welche vor dergleichen unklaren, vieldeutigen, Alles und daher nichts Festes begreifenden Nomenclaturen bewahrt geblieben. Diese Sprache drückt bestimmt aus, was sie in jedem Falle meint; wir tragen ein Räthsel vor. Es ist aber m. E. jenes Wort ebenso entbehrlich im Gebiet des Strafprocesses wie des Strafrechts. Auch aus jenem Schlupfwinkel muss es vertrieben werden.

Eine reine, klare Sprache ist nicht der einzige, aber auch nicht der geringste Vorzug des Preussischen Strafgesetzbuchs. Dennoch hat sich in dasselbe meines Wissens Ein Mal das Wort eingeschlichen, und zwar im §. 185, wo es unter Heranziehung einer überwiegend processualischen Frage heisst:

> „Bei Feststellung des Thatbestandes der Tödtung kommt nicht in Betracht, ob der tödtliche Erfolg einer Verletzung" u. s. w.

Das Gesetzbuch will hier, wie das in der Strafprocessordnung von 1867 für die neuerworbenen Landestheile vielfach geschieht (s. unten), offenbar die Thäterschaft ausscheiden, und bedient sich deshalb jener Bezeichnung. Streicht man einfach die Worte „des Thatbestandes", so geschieht dem Verständniss a. a. O. kein Eintrag. Es war aber wünschenswerth, das im St. G. B. sonst nirgend vorkommende Wort auch hier zu meiden.

Niemand wird erwarten, dass die Einzelgesetze, welche als Sammlung einen Anhang zum St. G. B. bilden, in gleicher Weise vor dem Thatbestande auf der Hut sind, schon weil diese Gesetze zum Theil der Vorperiode des St. G. B. angehören, auch strenge Wortfassung nur von einer Codification gefordert werden darf. So ist denn in jenen Gesetzen von Thatbestand wiederholt die Rede, bald in gleicher, bald in etwas abweichender Bedeutung.

> S. Ges. vom 31. März 1837, über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten. §. 4.
>
> Ges. vom 12. Mai 1851, über die Presse. §. 29, im §. 50 sogar zu dreien Malen.

In jenem §. 4 genügte einfache Fortlassung der Worte „der Thatbestand". Ebenso aber auch in den angezogenen §§ 29 und 50; denn es war in der That deutlich genug und deutlicher zu sagen: wenn eine Druckschrift eine strafbare Handlung enthält, der Inhalt als str. H. sich darstellt bzw. erkannt wird. Die Einschiebung des Wortes „Thatbestand" muss umsomehr Wunder nehmen, als anderswo theils dieselben, theils gleichzeitige Gesetze bei Weitem einfacher sich ausdrücken. So das angezogene

> Ges. vom 12. Mai 1851. §. 34.
>
> „Für das durch eine Druckschrift begangene Verbrechen oder Vergehen ist Jeder verantwortlich, welcher" u. s. w.

So das Ges. vom 2. Juni 1852 betr. Holzdiebstahl etc. §. 8. Al. 2:

> „In Beziehung auf den Rückfall macht es keinen Unterschied, ob die That in dem früheren oder späteren Falle oder in beiden Fällen Diebstahl, Versuch des Diebstahls u. s. w. darstellt". —

Viel häufiger begegnet uns begreiflicherweise das Wort in der Str. Pr. O., wo von Aufklärung (§. 62), Feststellung des Thatbestandes (§§. 69. 168), Feststellung des Thatbestandes und der Thäterschaft (§. 10) die Rede ist. Will man nun einmal in letztgenannter Weise Zusammengehöriges scheiden — was m. E. überhaupt durchführbar

nicht ist, da gewisse subjective Merkmale des Delicts eben nicht praktisch, sondern lediglich im System der Theorie von den objectiven zu trennen, letztere vielmehr gleichzeitig auf die Spur des Thäterindividuums zu leiten bestimmt sind —, warum dann nicht schlechthin sagen: That und Thäterschaft bzw. That und Schuld? Das blosse corpus delicti ist mit jenem „Thatbestande“ doch sicher nicht gemeint.

Anderswo aber fällt die St. Pr. O. sogar offensichtlich in den strafrechtlichen Thatbestand der Doctrin zurück. So, wenn in den §§. 323 a. E. und 352 a. E. von einem „anderen Thatbestande“ gesprochen wird, welcher durch Beschluss des Gerichts bzw. Gerichtshofes einer neuen Verfolgung vorbehalten werden kann. Was hinderte hier zu sagen: das andere Verbrechen oder Vergehen? Auch muss wiederum Wunder nehmen, warum die Strafprocessordnung ihrer deutlichen begriffsgemässen Ausdrucksweise nicht treugeblieben. Denn, während im §. 8 „der Thatbestand der strafbaren Handlung“ geradezu anstatt des „Begriffs“ genannt wird, fordert der §. 76 von der Anklageschrift, diese müsse den Angeschuldigten benennen und „die strafbare Handlung“, deren er angeschuldigt wird, bezeichnen, hinzufügend, aus dieser Bezeichnung müssen hervorgehen „alle diejenigen Merkmale der That, deren Gesammtheit die Anwendung des anzuführenden Strafgesetzes begründet“. Erschien hier ein „Thatbestand“ überflüssig, dann war derselbe es sicherlich aller Orten. Man bedenke obendrein die Vieldeutigkeit des überflüssigen Worts: bald ein Gegensatz zur Thäterschaft, bald diese miteinbegriffen, bald die concrete Erscheinung der verbrecherischen That, bald deren Begriff! Und für das blosse corpus delicti hat man heute überall keine entsprechende Bezeichnung, mithin eben da, wo eine solche noch am wenigsten verwirrend auftreten würde. Das französische Verfahren unterscheidet dagegen, wenngleich nur in leicht hingeworfener, kaum technischer Weise ein corps de delit vom etat du delit (Code d'instr. crimin. 32) — eine Unterscheidung, die wir freilich mit dem ganzen sog. Thatbestande verwerfen.

Wenn also Köstlin den processualischen Th. einen Wechselbalg nennt, dagegen die Missgeburt des strafrechtlichen Th. auf des ersteren Kosten hegen und pflegen will, so mögte ich jene wie diese Bezeichnung für beide und Ausstossung beider dringend beantragen, durch Erfahrung davon belehrt, dass man niemals in die Lage kommt, den Ausgestossenen zu entbehren oder gar zurückzuwünschen.

Schliessen wir mit ernster Warnung. Die Sprache der Wissenschaft soll dem Gedanken entsprechen, sie ist nicht dazu da den Gedanken zu verhüllen. Es wird die Zeit kommen — ob sie uns heute ganz

fern liegt! — wo man von Thatbestand redet, wenn man, irgend Etwas unklar denkend, eben nicht weiss wie man es nennen soll. Möge die Doctrin nicht gestatten, dass „hoc omnium notionum supplementum“ seine hundertjährige Jubelfeier begehe. Die Gesetzgebung und allendlich die Praxis, diese wie immer mit Widerstreben, werden sich entschliessen, dem Friedlosen Obdach zu weigern. That, Thatact, Thatumstände, Thaterfolg — Begriff, Merkmale — Befund, Untersuchungsergebniss —, diese und ähnliche Worte drücken aus, was in concreto der Redende denkt; das Schlagwort „Thatbestand“ will bald dies bald jenes bedeuten, und sagt daher — Nichts aus. —

Trete ich nunmehr der eigentlichen Aufgabe dieser Schrift näher, nämlich der Lehre von der sog. „Theilnahme“ — wiederum ein vieldeutiges Wort, wie später sich ergeben wird —, so wüsste ich bessere Belege für das hier geprüfte Gebrechen nicht zu finden, als die beiden Schlagwörter, um nicht zu sagen Phrasen, der Doctrin: Komplott und Urheberschaft bzw. Miturheberschaft. Ersteres wird unten seine kritische Erledigung finden müssen (§. 36. ff. gegenw. Schrift), weshalb ich, wie gross die Versuchung sein mag, dem Folgenden vorgreifen nicht darf. Von der sog. Urheberschaft aber wünsche ich schon hier Abschied zu nehmen.

Wer ist „Urheber“ eines Verbrechens? Wiederum keine oder die verschiedenste Antwort. Der Versuch von

Stübel, Theiln. §§. 12 ff. 28 ff. (vgl. unseren §. 5),

die Bezeichnung auf den Anstifter zu beschränken — eine Ansicht, welcher doch der technische „auctor“ des römischen Rechts zur Seite stand —, durfte des Beifalls der herrschenden Doctrin sich nicht erfreuen. Vielmehr folgte diese der erweiternden Auffassung Feuerbach's (Lehrb. §. 44), nur unter Ausscheidung des „Hauptgehülfen“. Es würde an diesem Orte zu weit führen, die Schwankungen und verschiedenen Begriffsbestimmungen der Neueren im Einzelnen durchzugehen. Den heutigen Standpunct kennzeichnet vielleicht am Besten die Darstellung bei

Hälschner, Syst. des Preuss. Strafr. I. §. 82. Anm. 2. S. 310 ff.

Dieser unterscheidet einen Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, welcher den zur schuldhaften Handlung Frei = Selbstbestimmten (d. h. den nicht durch fremde Einwirkung Bestimmten) Urheber nenne, also: den Anstifter und den unangestifteten Thäter, nicht aber den angestifteten Thäter — von dem festen wissenschaftlichen Sprachgebrauch, der die genannten alle als Urheber bezeichne, also jeden Verbrecher schlechthin, mit Ausnahme von blossen Gehülfen und Begünstigern.

Dadurch entsteht dann der vermeintliche Gegensatz: Urheber einerseits und Gehülfen im weiteren Sinn andrerseits. Hier ist ersichtlich, dass der Urheber unsrer Doctrin ein negativer Begriff ist: der Nichtgehülfe. Dies nimmt sich ähnlich aus, wie wenn man eine Hauptsache begrifflich als Nichtnebensache kennzeichnen wollte. Man wird erwidern: Urheber sei Derjenige, in welchem der Ursprung der schuldhaften That liege. Nun, dann ist der angestiftete Thäter eben nicht Urheber; jener gemeine Sprachgebrauch würde also im Recht sein, der wissenschaftliche im Selbstwiderspruch. Noch mehr. Der unangestiftete d. h. der aus eignem Antrieb hinzutretende Helfer wäre dann unleugbar Urheber, nämlich eben seiner That, der Unterstützungs-Handlung, deren Ursprung ja in seiner Selbstbestimmung zur unterstützenden Absicht und Thätigkeit liegt. Der doctrinelle Urheber ist ein Abgrund voll innerer Widersprüche, vor dem man nur die Augen schliesst, um sofort den imaginären Begriff zu zergliedern. So unterscheidet man unmittelbaren und mittelbaren, physischen und intellectuellen (oder gar „psychologischen"!) U., endlich Miturheber vom alleinigen Urheber. Und was man Alles in die Schablone Miturheberschaft bringt — Mitanstifter, Mitthäter, Thäter und Anstifter —, das bedarf der Schilderung nicht. Und ebensowenig, wie Streit über alles Einzelne unvermeidlich ist, wo der allgemeine Begriff so schwebend gehalten wird.

Vgl. Hälschner a. a. O. Geib, Lehrb. II. §§. 104. 106.

Wie ist nun die deutsche Doctrin zu diesem wunderlichen Begriff — oder sagen wir lieber zu dieser Begriffsrubrik — im Lauf der Zeiten gelangt, während doch alle Rechtsquellen lediglich die einfachen Begriffe Thäter und Anstifter darboten? Eine Prüfung dieser Frage dürfte in hohem Grade lehrreich sein. Der „Orhab, Orhabe" des germanischen Rechts bezeichnet ganz Anderes (s. unten §. 22); die Bezeichnungen: Missethäter, Handthäter, Thäter, im Gegensatz zum Helfer und Anrichter mussten die Construction einer Urheberschaft geradezu ausschliessen. Das römische Recht trägt in seinem auctor ebensowenig unmittelbare Schuld an dem Urheberbegriffe; denn, wie sich später zeigen wird, bezeichnet dies technisch eben nur den Anstifter, nicht den Thäter oder reus principalis. Wir verweisen an diesem Orte nur auf

Birnbaum, Arch. des Crim. R. 1842. S. 17 ff.
Rein, Crim. R. der Römer. S. 190 ff.

Also Doctrin oder Praxis oder gar Gesetzgebung des Mittelalters? Die letztgenannte trägt offensichtlich keinen Theil der Schuld. Denn die Bamb., die P. G. O. und deren Vorquellen reden von einer Urheberschaft überall nicht; sie kennen den greifbaren „Thäter, Missethäter";

sie setzen ihm mehr oder minder scharf entgegen den Helfer mit Rath oder mit That, begreifen unter die erstere Hülfleistung meist auch den „Anrichter, Ursacher, Besteller“, heben denselben nur bei einzelnen Verbrechen aus besonderem Grunde hervor (s. unten §§. 23—25). Nirgend kommt es ihnen in den Sinn, den „Anstifter“, wie man ihn später zu nennen pflegte, mit dem Thäter in einen gemeinsamen Begriff zusammenzuwerfen. Ganz ähnlich, nur in lateinischer und daher minder scharf ausgeprägter Sprachform, zieht sich durch Doctrin und Praxis der italischen wie deutschen Criminalisten hindurch ein Gegensatz, dessen eine Seite der principalis (Hauptschuldige, Thäter), dessen andre ein mandans, consiliator und auxiliator bezeichnet. Der mandans aber, und hierin erblicke ich den ersten aber unschuldigen Anlass der späteren Vermischung, wird an Strafbarkeit dem mandatarius (meist der Thäter) nach herrschender Meinung gleichgestellt. An Strafbarkeit — woraus begriffliche Zusammenstellung unter eine Gesammtrubrik in keiner Weise abgeleitet werden durfte, umsoweniger, als man geneigt war, auch den besonders wirksamen und für den Ausgang entscheidenden Thathelfer (qui causam dat delicto) mit der poena ordinaria des Gesetzes zu belegen. In allem Wesentlichen dieselbe Behandlungsweise dauert — gestützt auf die conservative Auctorität des Carpzov — constant fort bis zum 18. Jahrhundert. Von dieser Zeit an beginnt aber die neuere rechtsphilosophische Auffassung, namentlich Pufendorfs (de jure natur. et gent.), einen Einfluss auf die positive Jurisprudenz zu äussern, die ich nur unheilvoll nennen kann, und welcher Einfluss mutatis mutandis bis auf den heutigen Tag sich fühlbar macht. Danach soll nicht auf der Thäterschaft oder Nichtthäterschaft, sondern darauf das entscheidende Gewicht liegen, wer von den irgendwie Betheiligten die causa principalis sei, denn in Jedem finde sich eine concausa criminis, nur eine mehr oder weniger bedeutende. Diese Vermischung und Verwischung aller gesunden Begriffe, die übrigens nicht einmal den Helfer principiell ausscheidet, wird ausdrücklich auf die Philosophie jener Zeit zurückgeführt. So von

Kress, Comment. succ. in Const. Crim. Carol. (1721) Not. ad art. 177 verb.

> Non incommode a philosophis res ita exprimitur: quicunque realiter in actum influit; vel quicunque antecedenter se ad crimen habuit, tanquam concausa, ut crimen aliquatenus ab ipso processerit.

Vor der Hand freilich genügt es ihm, nur den Anstifter einer conspiratio, und den mandans als „auctor criminis“ zu bezeichnen; allein die

„moralis aestimatio“, welche möglicherweise „aequipollet facinori ipsius principaliter delinquentis“, muss alsbald eine Ausdehnung des Auctorbegriffs herbeiführen. Bei ausführlicher Interpretation des c. 6. X. de homicid. a. a. O. werden denn auch „ipsi auctores delicti“ bereits in gefährlichem Sinn erwähnt, und der Begriffsvermischung dadurch die Krone aufgesetzt, dass Jemand sehr wohl „et affectu“, nicht bloss „effectu“, homicida werden könne. Es war in der That nur noch ein kleiner Schritt zu machen, um mitten in der doppelten causa criminis — der c. moralis und c. physica — des J. S. Fr. von Boehmer zu stehen. Man brauchte sodann lediglich die eine im auctor moralis, die andere im auctor physicus zu personificiren, und der Begriff der „Urheberschaft“ — eine einfache Uebersetzung in die deutsche Rechtssprache — war fertig. Nunmehr sind Thäter und Anstifter coauctores, und warum sollte man nicht auch den Alleinthäter, und den nichtangestifteten Thäter einen Urheber nennen! Zwei naheverwandte, ja historisch unzertrennliche Umstände waren es, die m. E. die Ausbildung des ebenso überflüssigen wie irreleitenden Begriffs wesentlich förderten. Einmal der, dass die Doctrin des Mittelalters bis über die Mitte des vorigen Jahrhunderts hinaus, und eben noch zu der Zeit, wo der hier fragliche Begriff sich bildete, ausschliesslich in lateinischer Sprache sich bewegte. Es fehlt aber dieser Sprache an einem scharfen technischen Ausdruck für Thäterschaft. Zwar begegnet in einigen wenigen Stellen des römischen Rechts: factor, um den zu bezeichnen, qui suis manibus fecit — vgl. die drei ersten Citate bei Hälschner a. a. O. S. 301. Anm. 3 —, allein eigentlich technisch sind andere theils processualische (reus principalis) theils concrete (fur, raptor u. s. w.) Benennungen. Die Rechtssprache des Mittelalters — ich meine die lateinische der Doctrin — wurde mithin durch ein dem „Thäter“ scharf entsprechendes Wort nicht unterstützt (s. schon den „auctor“ in der L. Sal. emend. LVII. 6. vgl. unseren §. 21), was die Vorstellung vom principalis allmälig abschwächen, zuletzt unklar machen musste. Sodann war in dieser Richtung der Zustand in den romanischen Sprachen der mittleren und neueren Zeit noch weitaus trauriger, als im römischen Recht. Jene hatten und haben noch heute ein Wort für den Thäter überall nicht. Das französische Recht — überhaupt nicht eben reich an treffenden Bezeichnungen — muss nothgedrungen „l'auteur“ oder „le coupable“ benutzen um seine Blösse zu decken, s. Code pénal art. 59. Auch die gemischtromanische, ich meine die englische Sprache, nimmt an der Armuth Theil, indem sie nicht wagt, ihrem germanischen Geiste folgend, „the doer“ zu verwenden, sondern mit „the chief actor, the principal“ sich

begnügt (s. Blackstone, Comm. B. IV. ch. 3). Was Wunder, dass man in Deutschland die trübselige Errungenschaft „Urheber“ aus dem latinisirenden auctor durch Rückübertragung sich aneignete, da man von dem Reichthum des einheimischen, des deutschen Rechts so wenig wusste oder wissen wollte. Auch in der nordisch-germanischen Nachbarsprache verdarb das schlechte Beispiel gute Sitte, indem man sich dort gewöhnte, den „Gjerningsmand“ (Thäter) einem nebelhaften „Ophavsmand“ (Urheber) mit dessen Gefolge von Wolkengebilden (Medophavsmänd, Komplot) einzuverleiben.

Angesichts solcher Verirrung der Doctrin und Praxis, die auch das Preuss. Allg. L. R. II. 20. §. 64 und anderswo nur allzusehr beeinflusst hatte, gereicht es dem Preuss. St. G. B. von 1851 zur hohen Ehre, dass es, unbeirrt durch das französische Recht, dem sich in die Arme zu werfen es leider so vielfach genöthigt war, unbeirrt durch die alleinherrschende deutsche Doctrin, den „Thäter“ und nur den Thäter seinen „Theilnehmern“ gegenüberstellte. Begreiflich, aber immerhin nicht verzeihlich ist es, wenn nichtsdestoweniger das alte Unkraut hier und da noch auftaucht. Der dritte Titel des Allgemeinen Theils freilich, welcher ex professo „von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen“ handelt, hat in dieser Richtung ganz rein sich erhalten, allein anderswo der „Urheber“ dennoch sich eingeschlichen, und zwar an Stellen, wo damit offensichtlich nur der Thäter bezeichnet werden soll. Die drei Stellen des St. G. B., wo dieses sich findet — §§. 195. Al. 3. 218. 7) und 232. 2) — sind bereits von

> John, Kritiken strafr. Entscheidungen des preuss. Obertribunals. (1866). S. 6 ff.

hervorgehoben, und gezeigt worden, wie durch einfache Streichung oder durch andere Fassung der „Urheber“, den das Gesetzbuch sonst nicht kennt, vermieden werden konnte. Ich würde an allen drei Orten das Wort „Thäter“ setzen, da ich einzusehen nicht im Stande bin, wie eine Mordthat den Thäter verleugnen darf. Allein auch in den gleichzeitig mit dem St. G. B. in den neuerworbenen Landestheilen publicirten theils älteren theils neueren Gesetzen bläht sich noch der Urheber, sogar in Begleitung des bei Weitem gefährlicheren „Miturhebers“. Ersterer im

> Ges. über die Presse v. 12. Mai 1851. §. 34. verb.

> „Für das durch eine Druckschrift begangene Verbrechen oder Vergehen ist Jeder verantwortlich, welcher nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen als Urheber oder Theilnehmer strafbar erscheint“.

Die „allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze" des positiven preussischen Rechts kennen aber überall keinen — „Urheber!" Vgl. ferner

Ges. betr. Holzdiebstahl etc. v. 2. Juni 1852. §. 33

verb. „Die Urheber und Theilnehmer" — wo obendrein die Worte in eine Eidesformel sich eingeschlichen haben. Der „Miturheber" dagegen tritt auf in einer Bestimmung, auf welche als ein singuläres Ueberbleibsel der alten, vom Pr. St. G. B. aufgegebenen, Komplotttheorie ich später zurückkommen werde, und die einem noch geltenden Gesetze der Vorperiode angehört,

Ges. betr. Widersetzlichkeit bei Forst- und Jagd-Verbr., v. 31. März 1837.

§. 6. verb. „— — jeder der Theilnehmer, welcher auf irgend eine Weise vor, bei oder nach der Ausführung dazu mitgewirkt hat, (ist) als Miturheber des verabredeten Verbrechens zu betrachten."

Nicht hier, sondern in anderem Zusammenhange gegenw. Schrift (s. unten §. 36) wird nachzuweisen sein, wie diese Bestimmung überhaupt, als dem geltenden Strafrechte widerstreitend, auf dem Gesetzgebungswege beseitigt werden müsste.

Wenn somit in einer Legislation, deren Normen mit vielem Glück eine scharfe reine Terminologie anstreben, dennoch die Urheberschaft noch heute nachwuchert, dann kann man davon ein deutliches Bild sich machen, wie es auf dem Acker der heutigen Doctrin und Praxis aussehen mag, welche beide in diesem Puncte noch nicht einmal die Erkenntniss erlangt zu haben scheinen, was reines Korn, was Unkraut sei. Es ist wahrlich an der Zeit, die deutsche Rechtssprache in deren einfachen Begriffen: Thäter beziehungsweise Mitthäter einerseits, und betheiligte Nichtthäter (Anstifter und Helfer) andrerseits, in integrum zu restituiren. Diese Umgestaltung aber muss und wird sich vollziehen, denn 1. die Gesetzgebung, von gesundem Tact geleitet, ist darin principiell bereits vorangegangen, 2. die Doctrin selbst wird den Pseudobegriff Urheberschaft und dessen Geschwisterbegriffe Miturheberschaft und Komplott, und damit die gesammte gens draconigena ausrotten müssen, weil sie die Herkunft, die Unbrauchbarkeit und Vieldeutigkeit, endlich den unheilvollen Einfluss derselben erkannt hat oder erkennen wird. Wie lange noch soll dieser Proteus unser Strafrecht umgaukeln! Thäter, Anstifter und Helfer, das sind thatsächliche greifbare Vorstellungen; sie gleichen Bäumen mit Wurzeln Stamm und Laub, in deren Schatten die Wissenschaft sich stellen kann. Urheber, Miturheber und Komplottanten, das sind schwebende unfassbare Gebilde;

sie gleichen dem Wolkenschatten, welcher Schatten nicht gibt sondern ist. Werfen wir getrost diese und ähnliche Pseudobegriffe über Bord, lieber heute als morgen — wir werden freiere Fahrt haben. Diejenigen aber, welche an den Einwand sich klammern, es habe Thatbestand, Urheberschaft, Komplott nun einmal Bürgerrecht erworben, oder man müsse aus Gründen der Humanität diese Eindringlinge einstweilen noch dulden — diese würden sicherlich wohlthun, jene Begriffe alsbald auf die Aussterbeliste zu setzen.

§. 3.
Plan und Ziel dieser Schrift.

Begriffe und Grundsätze des heutigen Rechts sind mit denen der Vorzeit durch starke Fäden verbunden; es gilt letztere festhalten. Trügen nicht alle Zeichen, so huldigt eine Reihe hervorragender Strafrechtslehrer der Auffassung, dass die Fragen des positiven Rechts nur mit Hülfe des Quellenstudiums, nur an der Hand der Rechts- und Dogmengeschichte zu lösen sind — nicht durch apriorische Speculation, welche der Rechtsphilosophie gehört. So liegen auch in der Lehre von der Verbrecherconcurrenz bereits treffliche Forschungen vor, welche den Namen eines Wächter, Birnbaum, Geib, John, Osenbrüggen tragen. Der rechte Weg ist betreten, es gilt ihn unbeirrt verfolgen.

Doch muss ich durch zweierlei Deckung die Bahn sichern, welche ich für diese Schrift mir vorgezeichnet habe; die eine zur Abwehr gegen ein Missverständniss, die andere zur Rechtfertigung der Methode, in der ich meinen Stoff zu behandeln gedenke.

Ich bekämpfe diejenige speculative Doctrin, welche, innerhalb des positiven Rechts selber operirend, die geschichtliche Continuität der Rechtsbegriffe zu zerreissen droht. Nicht, als wenn nicht auch solche Gedankenoperationen, mit Scharfsinn angestellt und geistvoll durchgeführt, ihren wohlthätigen Niederschlag zurückzulassen vermögten. Wo bliebe sonst die Fortbildung der Begriffe, im Zusammenhange mit der steigenden Cultur, durch die Geistesblitze grosser Denker aller Zeiten. Allein die Speculation, welche vom positiven Recht abstrahirt, diese hat auf einem anderen Gebiete sich zu vollziehen, auf dem der Rechtsphilosophie, und hier ausgefochten mag sie von hieraus suchen, Volksbewusstsein und Gesetzgebung zu beeinflussen, ihrem Fluge nachzuziehen. Nicht aber, indem sie mit der Prätension einer positiven Erörterung ihre neue Lehre in das geltende Recht hineininterpretirt. Das nenne ich den Pegasus neben dem Ackerpferde einspannen; man

sehe zu, ob die Arbeit vonstatten geht. Auf dem ersteren allein richtigen Wege hat sie dagegen zu allen Zeiten dem geltenden Rechte, das ja den veränderten Lebensverhältnissen mit Vorsicht zu folgen bestimmt ist, neben manchen falschen Theorien auch Grundsätze zugeführt, die den Stempel der ewigen Wahrheit tragen. Ich würde der letzte sein, die Verdienste eines Thomasius, eines Fichte, Hegel und Stahl zu unterschätzen. Eben diese Rechtsphilosophen aber machten nicht jener Gebietsüberschreitung sich schuldig.

Allein andererseits hiesse es die Aufgabe der echten Quellenforschung allganz verkennen, wollte Jemand meinen, es sei den Zwecken des positiven Rechts Genüge gethan, wenn man untersuchte, wie die allgemeinen Grundbegriffe des Strafrechts, wie der Begriff des einzelnen Verbrechens oder Vergehens sich gebildet, in verschiedenen Rechtsquellen verschieden gestaltet und zur heutigen Auffassung vervollkommnet oder abgeschwächt habe, welche öffentlichen oder privaten Strafen im bunten Wechsel normirt worden seien — letzteres eine Frage, die leider manchen positiven Rechtsgelehrten in übertriebenem Masse, auf Kosten der begrifflichen Entwickelung, beschäftigt. Es gilt die Grundsätze aufsuchen, welche mehr angedeutet als ausgesprochen das positive Strafrecht einer Periode oder aller Zeiten beherrscht haben. Diese Grundsätze aber wurzeln in ethischen Principien, die recht eigentlich dem besonderen Volksbewusstsein oder gar dem Menschengeiste im Allgemeinen angehören. Denn die Rechtsordnung, wie selbständig sie ihre inneren Fragen gestalten mag, sie ist nur ein Zweig der Sittenordnung, das Recht ein Ausfluss der Sittlichkeit, nämlich derjenige, welcher die äussere Coexistenz der Rechtsgenossen zu regeln und zu sichern bestimmt ist. Von ihrer Wurzel kann und darf die Rechtsordnung sich nicht trennen, wenn sie leben und grünen will. Die ethischen Principien also vor Allem sind in den Quellen aufzusuchen, die gefundenen für die Rechts- und Dogmengeschichte zu verwerthen. Ist das eine oder andere derselben aufgefunden und in seinen Belegstellen nachgewiesen, dann wird es sich im Lauf der Jahrhunderte nicht verleugnen. Zeitweilig in der Masse verschwindend, wird es stets von Neuem auftauchen. Es ist das Wesen ethischer Wahrheit, dass sie, scheinbar unterdrückt, niemals untergeht, sondern bleibt und nach der Herrschaft ringt, die ihr gebührt. Unleugbar sind gewisse Errungenschaften auch der Kunst und Technik — brauche ich die antike Akustik und die Purpurfärbung zu erwähnen? — Jahrhunderte lang dem Anschein nach verloren gegangen. Der Funke aber schlummerte nur unter der Asche, er lodert zu anderen Zeiten frei empor.

In höherem Masse gilt dasselbe auf dem Gebiete der Wahrheit, welches vor Allem die Wissenschaft vertritt, und der sittlichen Wahrheit insbesondere, in deren Dienst die Rechtswissenschaft steht. Sittliche Ideen treiben das Volksbewusstsein hervor, dieses bewegt mehr oder minder bewusst Gesetzgebung und Rechtsübung zur Thätigkeit, bis ein mehr oder minder ausgebildetes, aber bildungsfähiges Rechtsinstitut daraus zusammengewachsen ist, dessen Wurzel jenes ethische Princip ist und bleibt. Es mögen im Wechsel der Zeiten und Anschauungen die vielfachen Verzweigungen des Begriffs dem Anschein nach von dem ethischen Princip sich entfernen — dieses bleibt die Wurzel, welche dem Stamme den Lebenssaft fort und fort zuführt. Auch hier, um in obigem Bilde zu reden, schlummert der Funke Jahrhunderte lang verschüttet unter Asche oder Schulstaub, bis ein frisches Wehen darüber hinfährt und die Flamme von Neuem anfacht. So gehört es m. E. zu den Hauptaufgaben der Quellenforschung, diese Principien aufzudecken, den Zusammenhang der sittlichen Grundidee mit dem heutigen positiven Rechtsinstitute wiederherzustellen. Denn die starken Bande, welche den Sohn an die Mutter — das Recht an die Sittlichkeit — fesseln, diese Bande sind unzerstörbar; der Versuch sie zu lösen, mag zeitweilig scheinbar gelungen sein; er gelingt nicht dauernd und wirklich, auch bleibt er nicht ungestraft. —

Bei dem Unternehmen, die bestrittene aber im Ganzen wenig beachtete Frage des sogenannten concursus necessarius an der Hand der Quellen zu prüfen, gelangte ich über das ursprüngliche Ziel hinaus. Ich fand eine Reihe von heutigen Begriffen, welche in der Doctrin unserer Tage noch fortwährend ihre Rolle spielen, in den Quellen nicht oder nicht hinreichend begründet; dagegen glaubte ich das ethische Princip dort zu finden, worin die Lehre der Verbrecherconcurrenz im Allgemeinen wurzelt. Es schien der nährende Saft dieses Princips durch die Rechtsquellen aller Zeiten sich hindurchzuziehen, als das recht eigentlich treibende und bildende Element der Einzelbegriffe — Begriffe die, höchst einfach und volksthümlich, mit den Auswüchsen der letzten Jahrhunderte nichts gemein hatten. Letztere beruhten bald auf willkürlicher Beimischung unpraktischer Philosopheme bald auf misslungenen Versuchen, fremde Gewächse im einheimischen Boden zu cultiviren, der für dieselben empfänglich nicht war. Gelang es aber, die Begriffe des einheimischen positiven Rechts in ihrer Naivität und Reinheit wiederherzustellen, dann fand die Frage der sogenannten nothwendigen Theilnahme von selbst ihre Lösung und systematische Stellung. So gedieh diese Arbeit zum Abschluss.

Dieselbe geht aus von einer dogmengeschichtlich-kritischen Prüfung der Specialfrage (Erster Theil), um nach theils quellengeschichtlicher theils kritischer Prüfung und Neubildung der Grundbegriffe der Verbrechermehrheit überhaupt (Zweiter Theil: Erster und Zweiter Abschnitt) im letzten Abschnitte des zweiten Theils zur Lösung der besonderen Aufgabe zurückzukehren.

Zugleich aber wollte ich durch diesen monographischen Versuch ein Beispiel liefern, wie ich mir die Aufgabe denke, welche eine historische Schule im Strafrechtsgebiete sich zu stellen hat. Diese Aufgabe ist zunächst und vor Allem eine kritische, so zu sagen destructive: Entsprechen die Begriffe und Grundsätze der heutigen Strafrechtsdoctrin den Quellen des positiven Rechts? Die rechts- und dogmengeschichtliche Prüfung muss als Ergebniss aufzeigen, was an jenen Begriffen und Grundsätzen willkürlicher Zusatz sei, was mit der positiven Rechtsentwickelung in Einklang stehe. Ersteres enthält wirklichen Rechtsstoff nicht; die betreffenden Sätze sind als Schlacken auszuscheiden, damit das reine Metall des positiven Rechts in die Erscheinung trete. Man könnte daher dieses Verfahren auch das läuternde und ausmerzende nennen. Zugleich steht aber dasselbe bereits auf der Schwelle der ferneren zweiten Aufgabe: der constructiven. Die gewonnenen Ergebnisse jenes ersteren Verfahrens werden als vereinfachte Grundsätze und Begriffe sich herausstellen, die geringer an Zahl, aber naiver, volksthümlicher und klarer sind, als die von der herrschenden Doctrin bisher vorgetragenen. Aus Vergleichung und Verbindung derselben bilden sich die wirklich positiven Institute des heutigen Strafrechts, wie der Barren aus dem gereinigten edlen Metall. Von hier aus — aus den geltenden Grundsätzen heraus — finden dann auch die Specialfragen der allgemeinen Lehren wie der besonderen Verbrechen und Vergehen ihre Lösung.

Wird mir ein anderer Weg gezeigt, der zu gleichem Ziele führt, aber kürzer ist, weniger beschwerlich, lohnender in Verfolgung und Ergebnissen — ich will mich nur allzugern davon überzeugen lassen, und reumüthig der erkannten neuen Wahrheit folgen. Bis dahin halte ich den hier eingeschlagenen Weg für den rechten. Das Ziel jedenfalls, die Reinigung des positiven Rechts unter Abgrenzung desselben gegen die aufgedrungenen Dogmen rechtsphilosophischer Forschung, dieses Ziel ist unverrückt im Auge zu behalten.

Der philosophischen wie der philosophisch-historischen Schule muss der Handschuh hingeworfen werden. Möglich, dass der Kampf durch Jahrzehnte sich hindurchzieht. Ein fauler Friede ist das grössere Uebel;

wir haben ihn lange genug getragen. Die neuere Gesetzgebung steht mit Einem Fusse auf unserem Boden, und auch die Praxis wird zögernd unserer Fahne folgen. Es gilt von den frischen Blüthen des Rechtslebens den Schulstaub abstreifen, damit sie nicht verdorren oder gar das Erdreich versande; es gilt der Ausstossung fremdartiger Elemente, um die ungestörte Gestaltung, Entfaltung und Kräftigung im eignen Gebiet wiederzugewinnen. Wenn diese erreicht sein wird, dann, aber auch erst dann dürfen wir die Waffen der Polemik aus der Hand legen. Pflanzen wir es also muthig auf, das Banner des historischen Strafrechts, der historischen Strafrechtsschule. Es trage den Wahlspruch: Suum cuique. Der Rechtsphilosophie das Ihre — aber dem positiven Recht das Seine! Unter diesem Zeichen werden wir siegen.

Erster Theil.

Die Frage und deren bisherige Lösung.

Erster Abschnitt.

Dogmengeschichtliche Darstellung.

§. 4.

Die sogenannte nothwendige Theilnahme am Verbrechen.

Gewisse Verbrechen, deren Anzahl eine verhältnissmässig geringe ist, unterscheiden sich begriffsmässig von anderen dadurch, dass bei ihnen ein Zusammenwirken mehrerer Individuen zur verbrecherischen That und deren Erfolg stattfinden muss. Es ist also bei diesen die Verbrechermehrheit oder deutlicher ausgedrückt die Mehrheit verbrecherisch betheiligter Personen nicht etwas Concretes, Zufälliges, an sich Unwesentliches, sondern vielmehr begriffsmässiges Erforderniss, etwas begrifflich Nothwendiges, Wesentliches. Denn ohne die mit- und zusammenwirkende Mehrheit lässt sich eben der Begriff des in Frage stehenden Delicts überall nicht denken.

Man hat in neuerer Zeit sich gewöhnt, diese Fälle unter die Bezeichnung: nothwendige Theilnahme am Verbrechen, concursus necessarius ad delictum, zusammenzufassen — denselben alle übrigen unter der Gesammtbenennung: concursus facultativus (non necessarius) gegenüberzustellen. Was man meint, ist eben: begriffliche (gesetzliche) Nothwendigkeit der Betheiligung mehrerer Individuen, nicht eine bloss factische, für den Verbrechensbegriff zufällige oder unwesentliche. Deutlicher würde man also reden, wenn man sagte: begrifflich nothwendige, begriffsmässige Verbrechermehrheit oder Verbrecherconcurrenz.

Zur Erläuterung mögen an diesem Orte von den hierhergezogenen Fällen einige der unzweifelhaftesten genügen. Zwei Individuen, ein Mann und ein Weib, sind zum Beischlaf erforderlich, folglich zur Unzucht, Blutschande, zum Ehebruch, ebenso zur Eheschliessung, folglich zur Doppelehe (Bigamie); zwei Kämpfer verlangt, schon dem Namen nach, der Zweikampf, zwei Individuen, einen Geber und einen Empfänger, die Bestechung. Ebenso setzt Auflauf und Aufruhr eine Mehrheit von Tumultuanten voraus. In solchen und ähnlichen Fällen ergibt also der Begriff des Verbrechens ohne Weiteres ein Zusammenwirken mehrerer Individuen als sein unabweisliches Erforderniss, ein Einzelner als alleiniges Subject kann dasselbe überall nicht in das Leben rufen.

Haben dagegen Mehrere in Gemeinschaft einen Diebstahl, Raub, Mord, Todschlag, Hochverrath, Landesverrath u. s. f. begangen, oder in verschiedener Eigenschaft bei einem dieser Verbrechen sich betheiligt, dann mag dieses Zusammenwirken jedem Einzelnen erwünscht oder gar erforderlich erschienen sein, um die Hindernisse der concreten That und deren Erfolges überwinden zu können — es war dies Zusammenwirken vom Standpuncte der Verbrecher zweckmässig oder factisch geboten — begrifflich nothwendig war es nicht, vielmehr res facultatis, ein facultativer concursus. Denn alle diese Verbrechen vermag ein Einzelwesen zu begehen, deren Begriff erfordert lediglich Einen Thäter. —

Freilich treten in jenen Fällen der begrifflich nothwendigen Theilnahme vielfache und erhebliche innere Verschiedenheiten schon dem ersten Blick entgegen. So, dass einzelne verschiedenes Geschlecht der Betheiligten voraussetzen, andere nicht, ein einzelnes dagegen die Beamtenqualität des Einen der Betheiligten. Bald ferner ist das physische Zusammenwirken ein gleichartiges, bald ein ungleichartiges; bald ist die Zahl der Mitwirkenden begrifflich auf zwei beziehungsweise drei Individuen beschränkt, bald fehlt diese Beschränkung. Und, um nur Zweikampf und Aufruhr zusammenzustellen, dort besteht die Mitthätigkeit in einem Entgegenwirken, einer „Gegenseitigkeit" der Betheiligung, hier im Neben- und Miteinanderwirken auf Einem Wege zu Einem Ziele, so zu sagen in „Einseitigkeit" der Bethätigung. Alle diese und noch andere Unterschiede werden uns im Verlauf dieser Erörterung nicht entgehen. Aber allen Fällen ist eben das Eine gemeinsam, dass ohne eine Mehrheit von irgendwie zum Thatacte Zusammenwirkenden keines dieser Delicte denkbar, das Zusammenwirken einer Mehrheit also begriffliches Erforderniss ist. —

Zu welchem Ende aber die Unterscheidung eines concursus necessarius und facultativus? Etwa nur, um innerhalb der sogenannten

Theilnahme am Verbrechen verschiedene Gruppen zu bilden, die eine der Verbrechen, welche immer eine Verbrecherconcurrenz also Theilnahme enthalten, die andere derer, bei welchen dieselbe nur zufällig, nicht immer vorliegt? Dieser Eintheilungsgrund hätte einen gesunden Sinn; die Doctrin konnte ihn aufstellen, mogten immerhin praktische oder principielle Folgen sich daraus nicht ergeben. Man konnte sagen, das Eigenthümliche des concursus necessarius, wenigstens des eigentlichen, bestehe darin, dass alle begrifflich Betheiligten als Mitthäter (oder sogenannte „Miturheber") daständen, die Betheiligung und Stellung der nothwendigen Theilnehmer also insofern auch eine gleichartige sei. Die Eintheilung selbst würde mit einer Schaar von anderen Distinctionen das Schicksal solcher Experimente der Schulweisheit theilen, rasch aufsteigend eine Weile in glänzendem Farbenspiel in den Lüften zu schweben, um alsbald zu platzen und in Gestalt eines winzigen Tropfens zur Erde zu fallen — eine Seifenblase der Doctrin.

Mit nichten. Bald nach ihrem Auftauchen tritt die Eintheilung mit einer gewissen Prätension hervor. Ihr Zweck ist der, jene Fälle des concursus necessarius von den allgemeinen Grundsätzen der Theilnahme allganz auszuscheiden, darzuthun, dass diese Grundsätze auf jene Fälle überall anwendbar nicht seien. Es liege also dort eigentliche Theilnahme nicht vor, letztere gestalte sich vielmehr erst eben durch Ausstossung des concursus necessarius. Ueberhaupt gehöre die Theorie dieser Mehrheitsverbrechen dem allgemeinen Theile des Strafrechts nicht an, sondern lediglich dem Begriffe des einzelnen Sonderverbrechens selbst. Mit Einem Wort: eigentliche Theilnahme enthalte nur der entgegengesetzte concursus, der facultative.

So lautet in nuce die herrschende Lehre. Es entsteht somit die Frage:

Ist es wahr, dass die allgemeinen Grundbegriffe und Grundsätze von der Theilnahme, wie die gemeine Meinung dieselben, ob richtig oder irrig, ausgebildet hat und vorzutragen pflegt, auf die Fälle der sogenannten nothwendigen Theilnahme keine Anwendung leiden?

Diese Frage aber zerfällt, wie schon ihr Inhalt angibt, wiederum in zwei Fragen:

I. Vorfrage: welche sind diese allgemeinen Grundsätze vom concursus plurium ad delictum, und können dieselben überhaupt eine positiv-rechtliche Prüfung aushalten, also gebilligt werden?

II. Hauptfrage: sind nun die stichhaltigen, dem positiven Recht entsprechenden Grundsätze von der Theilnahme auch auf den sogenannten concursus necessarius plurium ad delictum anwendbar oder nicht?

Mit der m. E. unumgänglich nothwendig gewordenen Vorfrage sub I. wird der erste und zweite Abschnitt des zweiten Theils, mit der Frage sub II. dessen dritter und letzter Abschnitt ins Klare zu kommen suchen. Mit einem Vorschlage de lege ferenda wird dann die Aufgabe gelöst oder doch erledigt sein.

Im Vorwege aber müssen wir die Genesis und den Entwickelungsprocess, sowie den heutigen Stand der Lehre vom concursus necessarius darstellen und die bisherigen Ergebnisse sowie deren Begründung einer Kritik unterwerfen. Diese theils dogmengeschichtliche theils kritische Erörterung bildet den Vorwurf gegenwärtigen Ersten Theils.

Somit hat dieser für den folgenden Zweiten tabula rasa herzustellen, damit auf der reinen Tafel unsere Theorie der Theilnahme am Verbrechen verzeichnet werden könne. Auch der unsicheren Hand mögen einzelne Schriftzüge gelingen, wenn die Rechtsgeschichte den stylus führt.

§. 5.

Die Genesis der Frage.

Der neuesten Zeit gehört die Frage an; soviel steht fest. Den Schriftstellern, welche an ihrer Wiege gestanden sind, ist es niemals in den Sinn gekommen, für deren Anerkennung auf die Quellen des älteren Rechts, des römischen, germanischen und canonischen, oder auf die des späteren Mittelalters sich stützen zu wollen. Dennoch könnte dort die zarte Ader verborgen liegen, in welcher die neuere Doctrin bewusst oder unbewusst ihren Ursprung gefunden. Ich gestehe, dass ich die Wünschelruthe ohne irgend welchen Erfolg verwendet habe. Ja noch in der Neuzeit bis zum Beginn unsres Jahrhunderts habe ich weder in Gesetzgebung und Praxis noch in der Doctrin eine Spur der Frage aufgefunden. Bei den eingehendsten Erörterungen des mandatum, consilium und auxilium, der Thäterschaft, Mitthäterschaft, Urheberschaft, des Komplotts von Albertus de Gandino bis hinauf zu Böhmer — nirgend wird ein concursus necessarius ad delictum hervorgehoben, geschweige denn ausgeschieden. Letzterer gibt vielmehr deutlich genug das gerade Gegentheil zu erkennen,

s. Boehmer, Meditt. in C. C. C. art. 177, §. III. (unten §. 28).

Wo liegt die Ursache dieses Schweigens unserer sämmtlichen Quellen und Auctoren bis in die neueste Zeit hinein? Zweierlei lässt sich denken. Entweder man hat die Frage übersehen, unbeachtet gelassen. Musste aber nicht mindestens in der Praxis der Zweifel sich auf-

drängen, ob die Duellanten, Ehebrecher, Aufrührer u. s. f. als Mitthäter, Coauctoren, Anstifter und Angestiftete — oder welche Benennungen sonst zu verwenden man gewohnt sein mogte — nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen seien? Wenn ein solcher Zweifel möglich ist, wie konnte derselbe dem praktischen Scharfsinn römischer prudentes, dem sittlich-religiösen Eifer der Canonisten, dem casuistischen Sammelfleiss aller italischen und deutschen Praktiker denkbarerweise entgehen! Oder man hat die Frage zwar gelegentlich beachtet, allein der Mühe werth nicht erachtet darauf einzugehen, weil — die Antwort vollkommen unzweifelhaft erschien. Hier ist nun wiederum ein Doppeltes möglich. Man hat als selbstverständlich angenommen entweder dass die Lehre von der Theilnahme im weiteren Sinn, und der Mitthäterschaft insbesondere, in jenen Fällen schlechthin und ausnahmlos anwendbar, oder dass dieselbe schlechthin und ausnahmlos unanwendbar sei. Was ist nun das Wahrscheinlichere? Die Wahl kann schwer nicht werden. Wenn man die Unanwendbarkeit mit andern Worten die Ausschliessung von den Grundsätzen der Theilnahme annahm, dann in der That war hinreichender Anlass dies irgend einmal auszusprechen, da doch sicherlich Zweifel in Menge gegen die Berechtigung dieser Ausstossung erhoben werden konnten. Es bleibt also nur übrig vorauszusetzen, entweder dass zufällig die Frage zu allen Zeiten übersehen worden und zwar aus dem Grunde etwa, weil man überhaupt eine genauere Prüfung und Durchführung der Lehre von der Mitthäterschaft bei Seite schob, oder dass man eben keinerlei Anlass zu finden vermogte, die volle Anwendbarkeit der gewöhnlichen Grundsätze über Verbrecherconcurrenz in Zweifel zu ziehen, diese also schlechthin zur Anwendung brachte.

Was in dieser Alternative man vorziehen mag — von einer sicheren allseitig begründeten Wahl kann im Reich der Vermuthung die Rede nicht sein — genug, soviel scheint mir wenigstens festzustehen, dass die Frage selbst in älteren wie in neueren Quellen nirgendwo aufgeworfen geschweige denn geprüft worden ist.

Aber noch mehr. Wir sind in Verlegenheit hinsichtlich der ersten Entstehung unserer Frage. Dieselbe liegt im Dunkel, und zwar sowohl was den ersten Fragsteller, als was den Erfinder der Bezeichnung: concursus necessarius betrifft; mit andern Worten wir kennen weder die Eltern unseres Zeitgenossen, noch den Namen des würdigen Mannes, welcher ihm den Namen gegeben. Jede Aufklärung darüber wird uns höchst willkommen sein.

Als den Ersten, welcher dem Inhalt, wenn gleich nicht dem Namen

nach die Frage aufwirft, habe ich den Criminalisten zu entdecken geglaubt, der so manches Neue angeregt und geliefert hat – meist Gutes, ausnahmsweise auch Unheilvolles — den Patriarchen des neueren Strafrechts, den trefflichen Stübel. Nicht bloss, dass die Schriften der Strafrechtslehrer im 18. Jahrhundert, von Beyer und Gärtner bis hinauf zu Kleinschrod und Tittmann, mit keiner Silbe derselben gedenken, selbst Feuerbach verharrt in Schweigen, und mit ihm seine Herausgeber.

Obendrein ist die Frage, ungeachtet einer so grossen Anzahl kurzer Erörterungen bei den meisten Criminalisten unsres Jahrhunderts, dennoch im Ganzen und Grossen so unbeachtet geblieben, dass nicht bloss die Flut von akademischen Gelegenheitsschriften, welche strafrechtliche Fragen zum Vorwurf wählten, meines Wissens damit überall sich nicht befasst hat, sondern dass sogar der sorgfältige Geib in seinem reichhaltigen Lehrbuch, welches doch Dogmengeschichte und Streitfragen der allgemeinen Lehren des Strafrechts zu erschöpfen sucht, der Eintheilung des concursus plurium in necessarius und facultativus mit keinem Wort erwähnt. So bin ich in der Lage

1. bis weiter annehmen zu müssen, dass die Frage, im Druck wenigstens, zuerst bei Stübel aufgetaucht ist,
2. den Erfinder der technischen Bezeichnung conc. necessarius, welche Stübel nicht verwendet vermuthlich also auch nicht kennt, überall angeben nicht zu können.

Man wird sagen, viel komme eben darauf nicht an. Allein es ist immerhin beschämend, wenn man die Herkunft eines Weltbürgers der allerneuesten Zeit nachzuweisen nicht vermag. Es würde vom dogmengeschichtlichen Standpunct keineswegs ohne Interesse sein, den eigentlichen Erzeuger eines neuen Begriffs, und sodann auch den zu kennen, welcher demselben wenn nicht in der Taufe doch sonstwie den heutigen Namen gegeben hat. Beides mag vor der Hand in Dunkel begraben bleiben. Vielleicht liegt der Ursprung in der viva vox der akademischen Hörsäle. In dieser Muthmassung werde ich dadurch bestärkt, dass auch andere nagelneue Bezeichnungen von scholastischem Gepräge — ich erinnere an das corpus delicti des Farinacius, und an den „Thatbestand" Kleins — von dem Schriftsteller, welcher den Namen zuerst der Druckerschwärze überlieferte, als etwas Neues geschweige denn seine Erfindung durchaus nicht vorgetragen werden. Der rasche Geistesblitz im lebendigen Vortrage der Hochschulen hat sie zuerst in das Leben gerufen, und nachdem sie bei mündlichem Austausch sich eingebürgert hatten, erblickten sie Jahrzehnte später oder alsbald hier

oder dort in einer Druckschrift zuerst das Tageslicht der Literatur. — Begnügen wir uns mit der Thatsache, dass jener Caspar Hauser unter uns existirt, und dass wir sagen können, wer ihn unsres Wissens zuerst aus dem Dunkel der Verwahrlosung an die Oeffentlichkeit gezogen, wenn auch weder erzeugt noch so genannt hat.

Wir nehmen also Stübels Bemerkungen zum Ausgangspunct. Schon in dem Werke

Ueber den Thatbestand der Verbrechen etc. Wittenb. 1805,

dessen Ergebnisse für die Lehre von der Verbrecherconcurrenz dieser ebenso aufrichtige wie selbständige Jurist bekanntlich durch seine spätere Monographie

Ueber die Theilnahme mehrerer Personen etc. Dresd. 1828.

bis auf den Grund wiederum abgetragen hat, um ein nagelneues Gebäude aufzuführen, schon in jenem älteren Werke finden sich folgende Aeusserungen.

Thatbestand. §. 21. a. E. „es giebt sogar Verbrechen, deren Verübung mehrere Personen, als Urheber, schlechterdings voraussetzt, z. B. das Duell und die fleischlichen Vergehungen."

Das. §. 28. „In Ansehung derjenigen Verbrechen, deren Vollziehung schon ihrer Natur nach die Concurrenz mehrerer Personen erfordert, wie z. B. der fleischlichen Vergehungen und des Duells, wird der Satz, dass jeder von den Theilnehmern als Miturheber zu betrachten sei, gar nicht in Zweifel gezogen."

Hieraus geht hervor, dass Stübel selbst die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Grundsätze von der Theilnahme ebensowenig in Zweifel zieht wie seine Zeitgenossen, deren Auffassung ihm zwar nicht aus Druckschriften, aber anderweit hinreichend bekannt war. Sind ihm nun die Duellanten, Concumbenten „Miturheber", dann betrachtet er die ausserdem etwa Betheiligten, die Secundanten, die Helfer zur Unzucht u. s. f. sicherlich ebenfalls als Theilnehmer, aber im Sinne von Gehülfen oder etwa Anstiftern. Nun hat aber Stübel zwei Decennien später in der „Theilnahme am Verbrechen" etc. (s. oben) mit jenem Begriff der „Urheberschaft" im Allgemeinen gebrochen, indem er namentlich hervorhebt, ein Thäter sei „Urheber" überall nicht zu nennen.

Theiln. §. 14. „So wie Jemand, welcher durch eigene Kräfte die Veränderung (in der Sinnenwelt, vgl. §. 12 das.) bewirkt hat, in welcher eine That besteht, nicht Urheber derselben genannt werden sollte, so braucht man auch, wenn durch die Kraftanwendung mehrerer Personen solches geschehen ist,

den Ausdruck: Miturheber unrichtig. Selbst diejenigen, welche sich in dem Fall des Ausdruckes bedienen, dürften wohl Bedenken tragen, zwei Duellanten Miturheber des Duells und mehrere Personen, welche zusammen ein Glücksspiel gespielt haben, Miturheber des Glücksspiels zu nennen."

Nur der Anstifter sei allenfalls als Urheber zu bezeichnen, nicht der Thäter. Bei Gelegenheit der „gleichzeitigen Mitwirkung" zum Verbrechen vermehrt Stübel sodann die Zahl seiner Beispiele von Verbrechen und Vergehungen, „welche nicht einmal von einer Person allein verübt werden können", mit dem „Verbrechen des Aufruhrs"

a. a. O. §. 35 a. E.,

gelangt ferner im §. 49 zu dem grundfalschen Satz: dass im Falle der physischen Mitwirkung die damit verbundene intellectuelle („psychologische") Theilnahme am Verbrechen des Anderen gleichgültig sei (!), und zieht als Beispiel das „Vergehen des Incestus" herbei; wer eine naheverwandte Weibsperson verleite sich mit ihm fleischlich zu vermischen, der werde nicht als psychologischer, sondern nur „als ein physischer Theilnehmer" an dem Verbrechen bestraft.

Vgl. ebendas. auch §. 51 i. A.

Endlich aber zeigt der Verfasser im §. 52, dass er, lediglich die „Miturheberschaft" verwerfend, von der Auffassung um kein Haarbreit gewichen ist, die Duellanten, Incestbegeher u. s. f. als „Mitthäter" zu betrachten. Ja, ungeachtet seiner vielgeschmähten Ausdehnung des Begriffs Mitthäterschaft und folgeweisen Beschränkung der „Beihülfe" auf ein kaum erkennbares Minimum, steht er nicht an, eben die sonstigen Betheiligten z. B. Secundanten, Kartellträger, Kuppler schlechthin als „Theilnehmer", im Gegensatz zu den Mitthätern, zu bezeichnen, und dieselben späterhin (§. 62. Art. 12) der species Gehülfen unterzuordnen. Denn nach diesem Artikel seiner Gesetzvorschläge sind die Mitwirkenden, durch deren Hinzukommen die für das Verbrechen erforderliche Anzahl von Personen überschritten wird, lediglich „Gehülfen" oder „mittelbare Thäter" (Anstifter).

Vgl. Art. 5. des angef. §. und §. 52.

Soviel ist klar, dass Stübel an Ausschliessung aller jener Fälle von den Grundsätzen der Verbrecherconcurrenz im Entferntesten nicht denkt. Allein die Frage des conc. necessarius ist nunmehr angeregt.

§. 6.

Die fernere Entwickelung.

Nach seinem ersten Auftauchen bei Stübel führte der Neuling einstweilen ein verwahrlostes, wenig beachtetes Dasein. Möglich, dass man ihm alsbald den Namen concursus necessarius beigelegt hat. Wie gesagt, in den Hörsälen unsrer Hochschulen ist aller Wahrscheinlichkeit nach dieser Act vollzogen worden. Der Erste, welcher meines Wissens die Bezeichnung „nothwendig“ — allein keineswegs noch technisch und mit dem Gegensatze „zufällig“ oder „facultativ“ — angewendet hat, ist

Martin, Lehrb. des deutsch. gem. Criminalr. (1820).

Dieser eröffnet sogar im §. 72 eben damit seine Behandlung der Verbrecherconcurrenz, und zwar unter Berufung auf Stübels Thatbestand §. 21:

> „Einige Verbrechen können zwar, ihrem Begriffe nach, von einem einzigen Thäter niemals vollendet werden; selbst bei solchen aber findet sich oft eine grössere Zahl von Mitverbrechern, als dazu nothwendig wäre. Noch häufiger entsteht jedoch bei allen anderen Verbrechen eine zufällige Verschiedenheit dadurch, dass sie bald die Wirkung der Thätigkeit oder Unthätigkeit nur eines einzigen Verbrechers sind, dass hingegen bisweilen deren Mehrere zur Hervorbringung desselben Verbrechens mitgewirkt haben. Diese letzteren werden alsdann alle Theilnehmer an dem in Frage stehenden Verbrechen genannt, und auch alle bestraft.“ (arg. c. 6. §. 1. X. de homicid. P. G. O. 177.)

Der eminente Scharfsinn des Lehrmeisters einer concisen Textesfassung konnte nicht umhin, den Gedanken Stübels in aller Kürze begrifflich zu construiren. Er nennt die Theilnahme Mehrerer an den genannten Verbrechen eine „nothwendige“, weil dieselben eben „ihrem Begriffe nach“ eine Mehrheit Betheiligter erfordern, und stellt ihnen „alle anderen Verbrechen“ gegenüber, jedoch nicht — und dies verdient Beachtung — als Fälle einer zufälligen Theilnahme. Vielmehr hat bei Martin das Zufällig einen ganz anderen Sinn. Er sagt nur: es ergibt sich bei allen Verbrechen, einschliesslich der obengenannten, bei welchen eine Mehrheit von Theilnehmern begrifflich nothwendig ist, „eine zufällige Verschiedenheit“ durch den Umstand, dass bald lediglich die begrifflich erforderliche Anzahl (1 oder 2 oder mehrere) sich betheiligt, bald ausser dieser noch andere Mitwirkende sich hinzugesellen.

Dennoch liegt schon hierin der wenn gleich nicht beabsichtigte Anstoss zu der späteren Gegensatzbildung: nothwendige und facultative Theilnahme. Man brauchte nur zu übersehen, wie das „zufällige", d. h. bei allen Verbrechen ohne Ausnahme begrifflich nicht nothwendige, Hinzutreten von Theilnehmern eben auch in den Fällen des sog. concursus necessarius gleichwie bei den übrigen vorkommen könne, um den falschen Schluss zu ziehen, dass dann auch nur in den letzteren Fällen von einer wirklichen Theilnahme die Rede sein dürfe. Dieser Schluss, welchen zu ziehen ein Martin der letzte gewesen sein würde, ist in der That gezogen worden. Den entscheidenden Anstoss aber gab erst die unheilvolle Komplottlehre — nicht das einzige Unheil, das diese auf dem Gewissen hat, weder das erste noch das letzte. Doch dies wird alsbald erhellen.

Zu einer Zeit, wo der radikale Umschwung in Stübels Lehre von der Theilnahme noch nicht zu Tage getreten war, nahm

Henke, Handb. des Criminalr. Bd. I. (1825)

den Faden der nothwendigen Verbrechermehrheit auf, welchen sein Lehrbuch vom J. 1815 noch unbeachtet hatte liegen lassen. Er unterscheidet a. a. O. S. 266 mit Rücksicht auf die zum Verbrechen mitwirkenden Kräfte „bloss intellectuelle — bloss physische" — endlich „gemischte Wirkungsweise", eine Unterscheidung, deren inneren Widerspruch einerseits deren latente Grundwahrheit andrerseits ich später aufdecken werde, zählt sodann zu der letzteren diejenigen Komplottanten, welche in irgend einer Weise auch physisch sich bethätigen, während er die physisch unbetheiligten, da sie das Verbrechen nicht begangen haben, mit Tittmann und Kleinschrod nur des Versuchs schuldig hält. Ein Satz, den als geilen Schössling des Komplottbegriffs zu bezeichnen ich wiederum kein Bedenken trage.

Ferner aber bemerkt er ad v. Komplott

a. a. O. S. 278. Not. 23:

> „Von selbst versteht es sich, dass die Bezeichnungen Komplott und Verschwörung nicht anwendbar sind auf diejenigen Verbrechen, die schon ihrem Begriffe nach die Mitwirkung mehrerer Personen erfordern, wie z. B. der Ehebruch, das Duell u. s. w."

Man ist wunderbar karg in seinen Beispielen. Freilich hatte Stübel eben damals weiteres Material noch nicht geliefert. Für die Frage selbst aber, wie leicht man noch mit derselben sich abfand, ist diese kärgliche Behandlung ein Kennzeichen des allgemeinen Standpuncts. Doch zur Sache.

Nicht die gesammte Lehre von der Verbrecherconcurrenz, lediglich

die Komplotttheorie ist es, welche Henke bei der begrifflich-nothwendigen Theilnahme unterzubringen nicht vermag, hier für unverwendbar erklärt. Von einem Grunde ist nicht die Rede; es versteht sich von selbst. Die Verbrechen sind solche, welche „schon ihrem Begriffe nach“ die Mitwirkung einer Mehrheit erfordern. Die Quelle dieser Fassung, Martins Lehrbuch a. a. O., wird wohl nur der Kürze halber nicht citirt.

Der Komplottbegriff ist unanwendbar; von den übrigen Grundbegriffen: der Mitthäterschaft, sog. Miturheberschaft, in specie der Anstiftung, von diesen allen sagt Henke keineswegs, dass sie Anwendung nicht leiden. Und doch liegt in dem unschuldigen Satze wiederum, wenn man die damalige Lehre vom Komplott ins Auge fasst, die gesammte Schlussfolgerung der Späteren. Denn Komplott dachte man sich als die Mitthäterschaft (vulgo Miturheberschaft) mit gegenseitiger Anstiftung und gegenseitiger Hülfeleistung; jene in der Vorverabredung (societas ex compacto), diese in der gemeinsamen Vorbereitung und Ausführung. Also: ist das Komplott hier nicht anwendbar, dann sind die Duellanten, Concumbenten auch nicht zugänglich für die Begriffe der Anstiftung und Mitthäterschaft — so konnte man weiter schliessen. Wir werden sehen, dass diese Folgerung nicht ausbleibt.

Freilich, noch lässt sie auf sich warten; eine Zeit der Gährung musste vorerst vorübergehen, mittlerweile auch unser Stübel die Zahl seiner Beispiele vermehren. H e f f t e r war es, welcher im

Lehrb. des gem. deutsch. Criminalr. (1. Aufl. 1833)

das Schweigen brach, indem er die herrschende Auffassung in klare Worte kleidete:

> §. 77. — „(concursus ad delictum). Hierunter sind im weitern Sinn folgende Fälle begriffen: I. es giebt Verbrechen, welche nur durch ein gemeinschaftliches, übereinstimmendes, gleichzeitiges Handeln Mehrerer ihre Form erhalten z. B. Stuprum, Bestechung und Duell, wobei aber j e d e r n o t h w e n d i g e T h e i l n e h m e r eben durch die rechtswidrige Form seines Handelns d a s V e r b r e c h e n g a n z u n d f ü r s i c h b e g e h t und m a n k a n n h i e r n i c h t n o c h a u s s e r d e m v o n e i n e r T h e i l n a h m e a m V e r b r e c h e n d e s A n d e r n r e d e n; II. es kann eine rechtswidrige, strafrechtlich relevante Handlung oder Folge mehreren Personen zuzurechnen sein.“

Hier ist Dreierlei zum Grundsatz — für die nächste Folgezeit zum Glaubenssatz — erhoben:

1. Die nothwendige Theilnahme gehört nur zur Theilnahme im weiteren Sinn, ist eine solche im eigentlichen engeren Verstande nicht.
2. Jeder nothwendige Theilnehmer begeht das Verbrechen ganz und für sich. Ganz d. h. als wenn er es allein begangen hätte; was eben nur begrifflich nicht möglich. Für sich d. h. nicht für den Anderen; denn auch dieser begeht ja das Verbrechen ganz.
3. Jeder ist nur für seine That, nicht für die des andern nothwendigen Theilnehmers, verantwortlich (konnte diese Consequenz den scharfen Denker nicht stutzen machen!) Daraus folgt, dass man hier nicht noch ausserdem von einer Theilnahme am Verbrechen des Anderen reden darf.

Dies Letztere ist nach 2. ganz folgerichtig. Wenn wirklich hier der Eine mit der That des Anderen überall gar nichts zu schaffen hat, dann freilich wäre es mehr als ungereimt, ihm „ausserdem" d. h. ausser der Verantwortung der eignen That auch noch die der fremden aufzubürden. Das kurze Ergebniss ist: die Begriffe und Grundsätze der eigentlichen Theilnahme — Komplott, Miturheberschaft, Anstiftung insbesondere — alle diese sind hier schlechterdings unanwendbar. Man „darf davon nicht reden".

Somit stand das Princip in dürren Worten da. Die Geister sind vor der Hand zur Ruhe gebracht; man spricht nicht mehr davon. Erst zwölf Jahre später pflichtet

> Häberlin, Grunds. des Crim. R. nach den neueren deutschen Strafgesetzbüchern. Bd. I. (1845)

ausdrücklich bei, indem er im §. 17. S. 52 bemerkt, es werde das Verbrechen, welches nur durch das Zusammenwirken Mehrerer zu Stande kommen kann, Jedem in seinem ganzen Umfange zur Strafe zugerechnet, ohne dass dabei von einer Theilnahme am Verbrechen des Andern die Rede sein könne, — allein mit dem beachtenswerthen Zusatz in Not. 3. a. a. O.,

> eine Ausnahme bilde der Aufruhr, bei welchem die Regeln von der Theilnahme dennoch zur Anwendung kommen.

Hier sehen wir einen Fortschritt. War gleich seit Stübel der Aufruhr nicht mehr ausdrücklich angezogen worden, unleugbar fiel derselbe unter die Kategorie derjenigen Delicte, bei welchen die Betheiligung einer Mehrheit begrifflich nothwendig ist. Dennoch soll nach Häberlin ausnahmsweise bei diesem eigentliche Theilnahme stattfinden.

Damit war der gesammten Lehre eine empfindliche Schlappe beigebracht. Zwar Häberlin mogte mit dem Satze, dass exceptio firmat regulam, sich und Andre trösten. Wo aber ist die Grenze der Ausnahmen? Wie, wenn man mehr und mehr davon entdeckte, und die Regel spurlos verschwände! Der Gedanke Häberlins kehrt späterhin bei Anderen wieder: die Ausscheidung des Aufruhrs.

§. 7.

Eine erfolglose Opposition.

Von Köstlins epochemachender Neuen Revision (1845) durfte auch auf diesem Gebiete eine Epoche erwartet werden. Die Erwartung, wenn Jemand damals sie hegte, wurde getäuscht. Nur ganz obenhin geschieht der Frage Erwähnung

N. Revis. S. 585,

indem der Verfasser unter Verweisung auf Henke und Bauer — welcher letztere, wie wir sehen werden, keineswegs zu derselben Fahne schwört — mit der Notiz sich begnügt: es sei selbstverständlich, „dass der Begriff des Komplotts auf diejenigen Verbrechen keine Anwendung leide, die schon ihrer Natur nach die Mitwirkung mehrerer Personen erfordern".

Nichts kennzeichnet besser die Beruhigung der Gemüther. Die Frage war eben abgethan; nicht einmal Bauers abweichende Meinung wird gewürdigt. Fassen wir den damaligen Stand der Lehre zusammen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob derselbe allseitig zu klarem Bewusstsein gelangt war:

Der eigentliche Begriff des conc. plurium ad del. ist auf solche Fälle einzuschränken, wo der Zusammenhang der mehreren Handelnden und ihrer Handlungen einen wesentlichen Einfluss auf die strafrechtliche Würdigung jedes beziehungsweise jeder einzelnen äussert. Hieran eben, so meinte man, fehlt es bei den Verbrechen der sog. nothwendigen Theilnahme. Denn hier liegen für jeden Einzelnen alle Momente der Strafbarkeit unmittelbar und ausschliesslich in dessen eigner Handlung. Freilich ist diese Handlung ohne gleichzeitiges verbrecherisches Handeln eines Anderen nicht denkbar, wenn der Verbrechensbegriff — Thatbestand, wie man nun einmal zu sagen vorzog und vorzieht — vorliegen soll. Nur missbräuchlich aber, so musste man folgerichtig fortfahren, nennt man diese ganz selbständigen (!) verbrecherischen Handlungen Ein Verbrechen (Einen Ehebruch, Eine Doppelehe, Ein Duell u. s. f.), weil dieselben nun einmal äusserlich

als eine und dieselbe zusammenhängende Thatsache erscheinen. Begrifflich sind es mehrere Verbrechen.

Difficile est, satyram etc. Die Selbstkritik wird Niemandem entgehen; wir aber dürfen in die Fortentwickelung dieser Theorie störend nicht eingreifen.

Mittlerweile war ein vereinsamter Widerspruch nicht ausgeblieben. Bauer ist es, welcher in den

Abhh. aus dem Strafr. Bd. I. (1840). Abh. VII. Von der Theilnahme etc. S. 412

einen Anlauf nimmt, die ganze Errungenschaft seiner Vorgänger über Bord zu werfen, wenn er sagt:

> „Alle Arten von Verbrechen lassen eine Theilnahme Mehrerer zu; bei einigen ist dies sogar nothwendig, indem solche entweder ein gemeinschaftliches Mitwirken zweier Personen erfordern, z. B. der Zweikampf, Unzuchtverbrechen, welche in einem Beischlaf bestehen, und die vollendete Bestechung, oder indem zu ihrem gesetzlichen Begriff eine Mehrheit erforderlich ist, z. B. der Anfruhr."

Leider war die Opposition weder ausdrücklich als solche bezeichnet noch weiter durchgeführt, noch auch in sich klar durchdacht. Denn ist etwa bei Ehebruch, Bestechung, Zweikampf die Mehrheit der thätigen Personen nicht erforderlich zu dem gesetzlichen Begriff? Es schwebt dem denkenden Criminalisten vor ein wesentlicher Unterschied zwischen Aufruhr einerseits und den übrigen genannten Fällen andrerseits (s. unten §. 61 dieser Schr.). Er weiss denselben aber entweder nicht scharf zu fassen, oder hält das der Mühe nicht werth.

Dazu kommt, dass wiederum der nimmermüde Störenfried — wir meinen das Komplott — eben Bauer anderswo in derselben Abhandlung auf eine neue Fährte leitet, in welcher er mit der gemeinen Meinung auf gleichem Wege sich weiss. Denn in der

angef. Abh. S. 440. ff.

definirt er Komplott als die „Vereinigung Mehrerer, die sich zur gemeinschaftlichen Ausführung eines von ihnen beschlossenen bestimmten Verbrechens gegenseitig verpflichtet haben". Und da ihm bangen muss, dieser Begriff möge im Zuschnitt eine bedenkliche Weite haben, beeilt er sich sofort wiederum abzuschneiden einmal „die Beziehung des Anstifters zum Thäter, wenn diesem allein die Ausführung überlassen wird" — diese enthalte also kein Komplott — sodann:

> „Erfordert das Verbrechen seinem Begriffe nach eine gemeinschaftliche Mitwirkung mehrerer Personen, wie z. B. der Zwei-

kampf, die vollendete Bestechung, Beischlafs = Unzuchtverbrechen, so liegt darin kein Komplott."

Möglich, dass eben diesem Einlenken in die herrschende Meinung hinsichtlich des Komplottbegriffs wenn gleich nicht im Uebrigen Bauer es zu danken hat, wenn sein obiger grundsätzlicher Widerspruch — denn er hatte ja ausgesprochen, dass auch bei nothwendiger Theilnahme eben der allgemeine Begriff der Theilnahme vollkommen zutreffe — wenig böses Blut erregt hat. Doch hatte Einer den Handschuh aufgenommen.

Hepp nimmt Act von dem Widerspruch Bauers, und sucht denselben zu beseitigen, indem er im

Arch. des Crim. R. N. F. (1846). S. 333.

am Schluss seiner Erörterung unsrer Frage (s. unten) sich vernehmen lässt: Bauer freilich wolle die Beschränkung des Begriffs der Theilnahme nicht zugeben (folgt obiges Citat aus Bauers Abhh. S. 412),

„Allein, fragt man den gemeinen wie den wissenschaftlichen Sprachgebrauch, so wird man z. B. die Scortanten ebensowenig Theilnehmer eines Komplotts, als Theilnehmer an einer Unzucht nennen."

Der sogenannte Sprachgebrauch soll Alles todtschlagen. Nun, dieser wird auch wie Theilnehmer am Aufruhr schlechthin Aufrührer so Theilnehmer am Diebstahl eben nur Diebe nennen. Ja, dieser Sprachgebrauch schlägt ganz wohlgemuth sich selber ins Gesicht, wenn er von nothwendiger Theilnahme redet und dennoch behauptet, das sei keine Theilnahme. Es ist in der That kennzeichnend, wie leicht man noch immer mit einer Opposition fertig wurde. Und doch — hatte nicht Bauer diese seichte Widerlegung halbwegs verdient? Warum seinen Gedanken nicht durchführen, wozu ohne Gründe widersprechen!

Hepps eigene Theorie a. a. O. näher kennen zu lernen, veranlasst uns nach jener Abfertigung Bauers sicherlich blosse Neugier nicht, sondern der Umstand, dass wir dadurch Gelegenheit finden, mit damals soeben erst ausgesprochenen Ansichten von

Marezoll, Das gem. d. Crim. R. (1. Aufl. 1841) und
Hufnagel, Das Württemb. Strafgesetzb. etc. (1845),

welche beide Hepp anzieht, gleichzeitig Bekanntschaft zu machen. Letzterer nämlich entwickelt a. a. O. eine in mehrfacher Richtung eigenthümliche Anschauung von der nothwendigen Theilnahme. Den Anstoss dazu gibt ihm

Hufnagel a. a. O. S. 77 (zum Würt. St. G. B. §. 78): Komplott bezeichne den Fall „wenn Zwei oder Mehrere die gemeinschaftliche

Begehung eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens aus unmittelbarem Interesse an der That beschliessen", wobei sich von selbst verstehe die Beschränkung, „sofern zu dessen Begriff nicht schon die Zusammenwirkung mehrerer Personen gehört", wie denn auch Marezoll a. a. O. S. 137 sage: bei dem Komplott müsse der Begriff des Theilnehmers auf solche Verbrechen beschränkt werden, welche möglicherweise ohne ein Komplott begangen werden können. Denn auf Verbrechen, die ihrem besonderen Thatbestande (!) nach ohne ein gewisses übereinstimmendes Handeln gar nicht gedacht werden können, wie z. B. Aufruhr, Tumult, Duell etc. leide das Princip, dass jeder Theilnehmer an der Ausführung als Miturheber zu bestrafen sei, keine Anwendung.

Hier anknüpfend schreitet nun Hepp zur Aufstellung einer eignen Theorie, welcher man Originalität absprechen nicht kann, wie immer sonst das Urtheil lauten möge:

In Hufnagels Bemerkung liege etwas Wahres; wie allgemein auch das Würtemb. Gesetz Komplott bei allen Verbrechen anzunehmen scheine, kein vernünftiger Richter werde diesen Begriff und dessen strenge Rechtsnormen beziehen „z. B. auf Duell, Ehebruch, Unzucht, Wucher, freiwillige Entführung, freiwillige Tödtung oder Misshandlung und andere Vergehungen, welche nur mit gegenseitiger Einwilligung (Connivenz) der schuldigen Theile verübt werden können". Mehr aber sei nicht zuzugeben, „als dass bei solchen Vergehungen — die man, zum Unterschiede von anderen, Connivenz-Verbrechen nennen könnte — der Begriff des Komplotts und der Komplottanten, also die darauf bezüglichen besonderen Rechtssätze, völlig unanwendbar sind; wogegen auf Aufruhr, Hochverrath und andere Verbrechen, welche möglicherweise nur durch ein gewisses übereinstimmendes Handeln ausgeführt werden können, der Begriff des Komplotts etc. unzweifelhaft Anwendung findet".

Auf „Connivenzverbrechen" leide aber nicht bloss der Begriff Komplott, Komplottant, Theilnehmer eines Komplotts etc. keine Anwendung, sondern im gemeinen wie wissenschaftlichen Leben bediene man sich bei dieser Kategorie von Verbrechen überhaupt nicht des Ausdrucks „Theilnehmer". Man nenne die schuldigen Theile Duellanten, Ehebrecher, Scortanten, nicht aber Theilnehmer eines Duells u. s. f., sondern verstehe hier unter Theilnehmern dritte Personen, welche bei dem Duell, Ehebruch etc. auf eine verschuldete Weise betheiligt sein mogten.

Nachdem er sodann die obenerwähnte Opposition Bauers citirt und seiner Meinung nach wiederum mit dem „gemeinen wie wissen-

schaftlichen Sprachgebrauch" tödtlich getroffen hat, kommt er a. a. O. S. 335 noch einmal auf den Gegenstand zurück:

„Doch giebt es gewisse Verbrechen, bei welchen der Ausdruck „Urheber" selbst dann nicht gebräuchlich ist, wenn dabei dritte Personen als Anstifter, Gehülfen oder Begünstiger betheiligt sein sollten. Dies sind die schon oben besprochenen Connivenzverbrechen, indem es hier nicht üblich ist, die Hauptschuldigen als Urheber z. B. eines Duells, Ehebruchs, einer Unzucht etc. im Gegensatze anderer Theilnehmer, zu bezeichnen, so dass die Begriffe: Komplottant, Theilnehmer und Urheber auf diese Art von Verbrechen — und vielleicht auch auf noch andere (sic!) nicht anwendbar sind."

Wir überlassen es vor der Hand dem hier angezogenen Schriftsteller, für — und vielleicht gegen — sich selbst zu plaidiren, da es geboten sein dürfte, im zweiten kritischen Abschnitt die Hepp'sche „Connivenztheorie" eine Prüfung bestehen zu lassen. Und zwar geboten schon durch die literarische Gerechtigkeit, mag immerhin diese Theorie nirgend Anhänger gefunden haben, vielmehr kaum aufgetaucht in das Meer der Vergessenheit hinabgesunken sein. —

Fast gleichzeitig war es einem anderen bekannten Schriftsteller beschieden, durch die Neuheit und Selbständigkeit seiner Ansichten über die Theilnahme entschiedenen, meist harten Widerstand hervorzurufen. Der Gegenstand beschäftigte eben damals hervorragende Geister. Unter solchen Umständen wird, wenn in der eilften Stunde eine neue Gestalt auftaucht, diese nur allzuleicht wie eine Herausforderung behandelt, und mit raschem Anlauf niedergestürmt. Allein im Sturm der Kritik mag es sich erreignen, dass manches Goldstäubchen der verworfenen neuen Theorie verschüttet wird und verloren geht. Es entging dem Auge der siegreichen Kritiker.

So ist es m. E. Luden ergangen. Im zweiten Theile unsrer Erörterung wird sich zeigen, wie nicht selten eben Luden den Angelpunct einer Frage angedeutet, wenn gleich nicht ausgebeutet hat. Allein schon hier kann ich nicht umhin als beachtenswerth Zweierlei hervorzuheben, dessen Eines in seinen Worten sich ausspricht, das Andere in seinem — Schweigen.

Luden, Handb. des deutsch. gem. Strafr. Bd. I. (1847) §. 53. S. 340: „Eine Handlung kann auch zum Theil eine physische, zum Theil eine intellectuelle sein, wenn der Handelnde seine physischen Handlungen mit den physischen Handlungen anderer Menschen in Verbindung setzt".

Dazu Not. 4. das. „z. B. bei Ehebruch, wo jeder Theil zugleich physisch und intellectuell handelt“.

Die Tragweite dieses Gedankens wird an seinem Orte sich ergeben. Sodann verdient Beachtung, dass Luden den damals stehenden technischen Ausdruck „nothwendige Theilnahme“, oder etwa seiner Terminologie gemässer „nothwendige gegenseitige Miturheberschaft“, nirgend verwendet. Ich schliesse daraus, da eben ihm die Erörterung dieses Begriffs schon von dem oben citirten Gesichtspuncte sehr nahe liegen musste, dass er dem Begriffe als besonderem oder gar auszuscheidendem seine Anerkennung versagt, also die allgemeinen Grundsätze der Theilnahme auch für diese Fälle anwendbar und ausreichend hält. Um so grösser mein Bedauern, dass dieser Widerspruch gegen die herrschende Lehre nicht Wort und Grund gefunden hat.

§. 8.

Die epochemachende Theorie Berners.

Mit Leichtigkeit hatte die communis opinio einen schüchternen Angriff zurückgeschlagen. Sie war nicht eben abgeneigt, aus freien Stücken eine Concession zu machen, nämlich den Aufruhr an die Lehre von der Theilnahme wiederum herauszugeben. Im Uebrigen aber verharrte sie unerschütterlich auf dem Lehrsatze: Die allgemeinen Principien und Begriffe des concursus plurium ad delictum sind nicht anwendbar auf die Mitschuldigen an solchen Verbrechen, deren gesetzlicher Begriff das Zusammenwirken einer Mehrheit erfordert, bei denen also dieser concursus plurium ein begrifflich nothwendiger ist.

Das Warum aber war ebensowenig recht klar gestellt, als eine scharfe Grenze denjenigen Fällen gezogen, die zum eigentlichen conc. necessarius gehören sollten. Die bisherigen Begründungsversuche mogten Manchen nicht allzusehr befriedigen. Ueberdies war der Grund für die Aussonderung des Aufruhrs nichts weniger als deutlich ausgesprochen.

So stand die Sache, als Berner mit dem bekannten Werke

Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen etc. (1847)

hervortrat. Sofort im Beginn seiner Darstellung dieser Lehre im Besonderen sucht er beide Fragen zu lösen, nämlich die nach dem Grunde und die nach der Grenze der nothwendigen Theilnahme. Die erstere, indem er den vermeintlichen Rechtsgrund kurz und bestimmt aufstellt, die letztere durch Ausscheidung gewisser Fälle als unechter.

Da seine Theorie, in wie raschen Zügen sie auch die ganze Frage erledigt, die gemeine Meinung für sich gewonnen hat, verdient sie, ganz abgesehen von ihrer unleugbaren Originalität und Einfachheit, vollständige Aufnahme. Im Auszuge findet sie sich ausserdem wieder in Berner, Lehrb. des deutsch. Strafr. (1. Aufl. 1857). §. 107. — wo indess der Verfasser seiner früheren Begründung und Begrenzung keineswegs in allen Stücken treu geblieben —, dagegen überall nicht erwähnt in den „Grundsätzen des Preuss. Strafrechts" (1861).

Am erstgenannten Ort — Theilnahme. Vorbemerkungen S. 165. ff. — lautet die Theorie Berners wie folgt:

„Die Theilnahme bezeichnet man technisch mit dem Ausdrucke concursus ad delictum ——. Das Eine Verbrechen der mehreren Personen ergiebt aber nur dann den Begriff der eigentlichen Theilnahme (Conc. facultativus), wenn das Object des Verbrechens nicht mit der mithandelnden Person identisch ist (Conc. necessarius), wie bei der Bigamie, dem Ehebruche, dem Stuprum, dem Incest, der Bestechung, dem Duelle u. s. w. In den soeben genannten Verbrechen steht das Subject dem Subject nur als Object gegenüber; wie im ersten Theile hat es also hier das handelnde Subject nur mit der Objectivität zu thun. Unrichtig ist es, wenn man in Rücksicht auf diese Fälle den Satz hinstellt, dass der Begriff der Theilnahme ausgeschlossen sei, sobald das gemeinsam begangene Verbrechen nur durch das Zusammenwirken mehrerer Personen zu Stande kommen kann. Ist die mithandelnde Person nothwendiges Object des Verbrechens, wie etwa beim Inceste der nahe Verwandte, so vermag allerdings das Verbrechen nur durch das Zusammenwirken mehrerer Personen zu Stande zu kommen; aber es giebt sicherlich viele Verbrechen, die ebenfalls ohne ein Zusammenwirken Mehrerer nicht verübt werden können, während doch dies Zusammenwirken wahre Theilnahme (Conc. facult.) begründet, wie denn ja meistentheils das Zusammenwirken einer Mehrzahl von Individuen nur dadurch herbeigeführt wird, dass der Einzelne sich der Ausführung des Verbrechens nicht gewachsen fühlt. Man giebt bei der erwähnten Definition eine blosse Folge für den Grund, d. h. man bleibt auf der Oberfläche der Sache. Nicht dass das andere Subject als solches, sondern dass es als Object des Verbrechens nothwendig ist, macht das Wesen des Conc. neces-

sarius aus, und nur hierin ist der Grund zu suchen, der diese Form von der eigentlichen Theilnahme ausschliesst.“

Genau ein Decennium später trägt Berner seine Theorie in kürzerer, zugleich aber in einzelnen Puncten sehr wesentlich modificirter Fassung vor. Lehrbuch a. a. O. (Unterscheidungen im Conc. ad delictum):

„1) Conc. necessarius und C. facultativus.

Viele Verbrechen sind nur denkbar als gemeinsame Handlung mehrerer Personen, gewöhnlich weil bei dieser Handlung die eine mithandelnde Person das nothwendige Object für die Thätigkeit der anderen Person ist. So die Bigamie, der Ehebruch u. s. f.“ (folgen die obigen Beispiele). „Der technische Ausdruck zur Bezeichnung eines solchen durch den eignen Character des Verbrechens geforderten Zusammenwirkens ist: Conc. necessarius. Von einem Conc. nec. ist demnach die Rede, sobald ein durch den Begriff des betreffenden Verbrechens gefordertes Zusammenwirken bezeichnet werden soll.

Im Gegensatze hierzu steht der Conc. facultativus, als diejenige Betheiligung, die durch den Begriff des Verbrechens nicht bedingt ist.

Nur der Conc. facult. ist eine allgemeine Form der Betheiligung am Verbrechen. Nur mit allgemeinen Formen hat es der allgemeine Theil des Strafrechts zu thun. Nur vom Conc. facult. darf im gegenwärtigen Titel gehandelt werden.

Der Conc. necess. bildet eine Eigenthümlichkeit gewisser Verbrechensarten. Er gehört in den besondren Theil.“

Dazu wird in einer Note die aus bloss factischen Gründen nothwendige Betheiligung Mehrerer z. B. an einem Raube oder Hochverrath, weil hier „die Nothwendigkeit nicht in dem Begriffe des Verbrechens“ liegt, sondern „nur eine konkrete Forderung des einzelnen Falles ist“, als gar nicht hierher gehörend bezeichnet. — Von der Ausscheidung des Aufruhrs ist im Lehrbuche nicht, in der „Theilnahme“ a. a. O. höchstens andeutungsweise die Rede.

Berner nennt also — wenigstens im Lehrbuch — nothwendige Theilnahme oder Conc. necess.: das durch den Begriff des betreffenden Verbrechens geforderte Zusammenwirken mehrerer Personen. Auf diese sind nun die allgemeinen Grundsätze der Theilnahme (Anstiftung, Mitthäterschaft, Komplott, Beihülfe) jedenfalls dann

1. nicht anwendbar, wenn die eine mithandelnde Person das nothwendige Object für die Thätigkeit der anderen ist. Beispiele: Bigamie, Ehebruch etc. Ich glaube im Sinn des Verfassers dies den eigentlichen (engeren) Conc. necessarius nennen zu dürfen;
2. dagegen anwendbar — wenigstens nach der „Theilnahme“ a. a. O. —, wenn jenes Kennzeichen nicht zutrifft, also das Object nicht in der mithandelnden Person selbst, sondern ausserhalb derselben liegt (z. B. Aufruhr, Auflauf), oder gar nur eine factische, nicht begriffliche, Nothwendigkeit des Zusammenwirkens in concreto vorgelegen hat, was der Regel nach bei allen Verbrechen vorkommen kann. —

Ich nenne der Kürze halber diese Lehre die Objects-Theorie. Dieselbe fand alsbald Beifall, u. A. bei

Abegg, Lehrb. §. 72. S. 111.
Zachariae, Arch. des Crim. R. N. F.
Von der Theilnahme am Verbrechen. (1850). S. 268. ff.

Der Letztgenannte knüpft an seine Beistimmung und Reproduction der Berner'schen Theorie verschiedene Folgerungen und Beschränkungen, welche, obgleich aphoristisch und keineswegs scharf gefasst, hier Platz finden mögen:

In den Fällen, die man unter den Begriff der nothwendigen Theilnahme subsumirt habe, fehle es „an dem Zusammenhandeln für einen ausserhalb der mitthätigen Personen liegenden Zweck (Berner spricht vom „Object“); es könne daher auch die eine derselben ganz straflos sein, wenn sie sich in Betreff der andern in einem das Verbrechen ausschliessenden Irrthum befand; auch seien „die Unterschiede: Urheber und Gehülfen — welche jedoch neben den beiden mitthätigen Personen auftreten können — hier ebenso unanwendbar, wie der Begriff des Komplotts auf die zwischen ihnen stattgefundene vorausgehende Verständigung.“ Allein es gebe „einen Fall wirklicher nothwendiger Theilnahme, nämlich bei Tumult, Aufruhr und Landfriedensbruch“; hier sei auch gleiche und ungleiche Theilnahme möglich, und „das Zusammenhandeln mehrerer Personen in einem anderen Sinne wesentlich.“ Ehebruch könne Niemand mit sich selbst begehen, ebensowenig Duell; Gewalt gegen die Obrigkeit dagegen sei auch vom Einzelnen begangen ein Verbrechen, aber „die vielleicht zufällige Vereinigung einer Mehrzahl steigere es zum Aufruhr“.

Man begreift — um andre Bedenken hier zu unterdrücken — vor Allem nicht, wie Zachariae dennoch den Aufruhr einen Fall „wirklicher nothwendiger Theilnahme", und zwar obendrein den einzigen, nennen kann. Entweder derselbe gehört dem technischen Begriff conc. necessarius; dann enthält er eben nach Zachariaes wie Berners Theorie keine wirkliche Theilnahme. Oder nicht; dann liegt zwar wirkliche Theilnahme vor, aber eben nothwendige in jenem Sinne nicht.

Neuerdings hat wiederum

> W. Langenbeck, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. Abth. 1. (1867) S. 141

in überraschender Kürze zur Fahne Berners geschworen. Es scheint diesem Schriftsteller nicht vonnöthen, den tieferen Sinn dieser Theorie darzulegen, geschweige denn andere, ältere und neuere, Begründungsversuche zu erwähnen und zu prüfen, noch auch die Opposition eines Hälschner (s. unten) nach Verdienst zu würdigen.

Noch mehr aber, als die Beistimmung dieser Rechtslehrer, zeugt für die Herrschaft der Bernerschen Theorie das Schweigen vieler Anderen über den conc. necessarius, denen doch die Darstellung der Lehre von der Theilnahme Anlass genug darbot, mindestens eine Meinung zu äussern. Möglich also, dass sie die Sache wiederum als abgethan, den conc. necessarius als ausgestossen, die Bernersche Begründung dieses Ergebnisses als Erledigung der Streitfrage betrachten. Ich meine namentlich das Lehrbuch von Geib, die Commentare zu Feuerbach von Mittermaier und Morstadt, die Schrift v. Buri's. Dagegen gibt, wenn ich die kurze Bemerkung recht verstehe,

> v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme etc. (1859) §. 13.
>
> Not. 1 verb. „da der Andere (Angestiftete) Mittel zur Begehung des Verbrechens ist, so kann er nicht unmittelbares Object der physischen Thätigkeit des Anstifters sein", unter Anziehung von Berner und Zachariae a. a. O.

andeutungsweise zu erkennen, dass er die Objects-Theorie billigt. —

Und doch war diese Theorie ohne Widerspruch zur Herrschaft nicht gelangt. Einige hatten nicht das Ergebniss selber, wohl aber dessen Begründung, Einer hatte sogar das erstere, den Lehrsatz vom conc. necessarius überhaupt verworfen.

§. 9.

Oppositionen gegen die Bernersche Begründung.

Man durfte die Wette wagen, Köstlin werde auch dieser Ansicht Berners widersprechen, wenn nicht deren Ergebnisse, sicher doch deren Gründen.

Wir sahen oben, wie dieser geistvolle Criminalist in der Neuen Revision (1845), eine ganz beiläufige und wenig entscheidende Andeutung abgerechnet, in hartnäckigem Schweigen verharrte. Jetzt aber, nachdem Berners „Theilnahme“ erschienen ist, bricht er das Schweigen im

System des deutsch. Strafr. I. §. 89. Anm. 2.

Mit der Ausscheidung des conc. necessarius, mit dem herrschenden Dogma selbst, ist er vollkommen einverstanden, in keiner Weise aber mit der Objectstheorie Berners.

„Man spricht häufig von einem conc. necess., nämlich bei solchen Verbrechen, welche ihrer Natur nach gar nicht bloss von Einer Person, sondern nur von Mehreren begangen werden können, wie Duell, Incest, Ehebruch etc. Hier werden die Grundsätze über den conc. facultativus natürlich nicht angewendet, weil diese nur auf die Fälle sich beziehen können, wo ein verbrecherisches Handeln durch Zutritt von Theilnehmern ohne Noth verstärkt wird.“ Dazu Not. 2. „Hierin liegt der Grund, nicht darin, weil bei jenen Verbrechen „das Object des Verbrechens mit der mithandelnden Person identisch“ ist (Berner S. 165. ff.).“ „Eine Ausnahme scheint der Aufruhr u. dgl. zu machen, der doch auch eine Mehrheit Zusammenhandelnder nothwendig voraussetzt, gleichwohl aber die Anwendung des Komplottbegriffs nicht ausschliesst. Der Grund ist jedoch, dass der Aufruhr in Wahrheit eben nichts anderes ist, als eine im Komplott begangene Widersetzung gegen die Obrigkeit.“

Also mit Berner und der gemeinen Meinung: Ausschliessung des conc. necess. von den Grundsätzen der Verbrecherconcurrenz, jedoch mit Ausnahme von „Aufruhr und dergleichen“. Der Grund aber soll ein ganz anderer sein:

1. lediglich verstärkender Zutritt ohne Noth begründet wirkliche Theilnahme.
2. Aufruhr ist eben nichts weiter, als im Komplott begangene Widersetzung gegen die Obrigkeit.

Darauf beschränkt sich die Argumentation Köstlins. Ich ver-

mag in dem Satze unter 1. nichts anderes zu finden, als die petitio principii:

> Jede eigentliche Theilnahme ist eine begrifflich nicht nothwendige, also eine accidentale (zufällige, facultative),

und werde auf diese — sicherlich nicht neue — Behauptung später zurückkommen. —

Einen ferneren Versuch, die Begründung Berners zu verdrängen, unternimmt

> Temme, Lehrb. des Preuss. Strafr. (1853). §. 67,

indem er die Objectstheorie nicht geradezu als irrig, aber als „überflüssigen Zusatz“ bezeichnet, und S. 324. ff. so fortfährt:

> „Bei den Verbrechen der genannten Art z. B. Ehebruch, Duell, Bestechung, Bigamie, Incest, bringen allerdings mehrere Personen durch gemeinsames Handeln ein Verbrechen hervor. Ihr gemeinsames Handeln ist sogar nothwendig, damit ein Verbrechen zu Stande komme. Man spricht deshalb auch wohl hier von einer nothwendigen Theilnahme. Allein es fehlt bei den mehreren zusammenhandelnden Personen eben der Wille, ein Verbrechen als ein gemeinsames ihrer Aller hervorzubringen. Es will vielmehr entweder nur Einer von ihnen ein Verbrechen hervorbringen, und der Andere hat gar keine oder eine andere verbrecherische Absicht; er kann die des Anderen nicht einmal haben, eben weil sein Mitwirken für ihn vor dem Strafgesetze entweder ein gleichgültiges ist, gar keinen Thatbestand eines Verbrechens, oder weil es den Thatbestand eines anderen Verbrechens enthält, z. B. bei dem Beischlaf mit einer Winkelhure oder dem Ehebruch nach römischem Recht. Oder aber Jeder hat zwar dasselbe Verbrechen, aber Jeder hat es für sich allein, als sein eigenes, hervorbringen wollen, wie beim Duell, der Bigamie u. s. w. Indessen gibt es andrerseits einzelne Verbrechen, die ihrem Thatbestande nach nur durch eine eigentliche Theilnahme Mehrerer hervorgebracht werden können, z. B. Aufruhr, Landfriedensbruch u. s. w. Hier kann man von einer nothwendigen Theilnahme sprechen. Das Wesen der Theilnahme wird dabei nicht alterirt.“

Auch Temme schliesst mit der gemeinen Meinung die zuerst genannten Delicte von den Grundsätzen der Theilnahme aus, allein er verwirft obendrein deren Bezeichnung als nothwendige Theilnahme, sucht sodann Ersteres in neuer Weise zu begründen, will endlich eben

auf den bisher ausgesonderten Fall des Aufruhrs die Bezeichnung conc. necessarius beschränkt wissen, und betrachtet somit letzteren — in dieser neuen Bedeutung — als eine Unterart der eigentlichen Theilnahme.

Abgesehen von diesem Vorschlage einer veränderten Terminologie, der schon bei

Zachariae a. a. O. (s. oben §. 8)

nur schüchterner und weniger bestimmt aufgetreten war — ein Vorschlag, welcher meines Wissens weder Beifall noch sonderliche Beachtung gefunden hat —, stellt die Temmesche Begründung sich lediglich dar als theils Ergänzung theils abweichende Fassung der Heffterschen (s. oben §. 6) bis auf Berner herrschenden Lehre, m. a. W. als eine Reaction gegen des letztgenannten neue Theorie. Dennoch erblicke ich eben darin ein Zeichen der Zeit, dass Temme gleichwie Köstlin von der Strömung sich nicht will fortreissen lassen.

§. 10.

Der neueste Widerspruch gegen das Dogma selbst.

Die herrschende Lehre trug nunmehr wiederum den Stempel der Zerfahrenheit. Zwar im Ergebniss war man noch einig; allein es wollte nicht mehr gelingen, die Anhänger des Dogmas um eine bestimmte Begründung zu sammeln. Wo aber die Entscheidungsgründe durchaus verschieden sind, da wird die Einigung im Urtheilspruch von zweifelhaftem Werth, da mag die Einigkeit schwerlich weit reichen oder lange andauern.

Es fehlte nur noch, dass ein Criminalist von Gewicht der Fahne selber — dem Lehrsatze, dass die Grundbegriffe von der Theilnahme überhaupt auf den conc. necessarius anwendbar nicht seien — offen den Gehorsam aufkündigte. Diesen Schritt that

Hälschner, Syst. des Pr. Strafr. I. (1858). §. 81. und Anm.

Nicht etwa beiläufig, sondern in einem nur diesem Vorwurf gewidmeten Paragraphen, stellt er, schnurgerade entgegen der herrschenden Doctrin, die Sätze auf:

a. die allgemeinen Grundsätze von der Theilnahme (die Begriffe „Miturheber", Anstifter, Gehülfe) sind gleichsehr anwendbar auf den sog. conc. necess., wie auf den sog. conc. facultativus;
b. diese Unterscheidung ist demnach eine bedeutungslose;
c. die Begründungsversuche für diesen Unterschied und den ganzen Lehrsatz der Doctrin sind unstichhaltig.

Der letztgenannten These ist die Anmerkung, den beiden erstgenannten der Text des §. 81 gewidmet, welcher so lautet:

„Für die Gestaltung der Schuld mehrerer Theilnehmer am Verbrechen ist es in formeller wie materieller Beziehung bedeutungslos, ob die Theilnahme insofern eine zufällige war, als das betreffende Verbrechen seiner Natur nach auch nur von einem Thäter hätte begangen werden können, oder ob die Theilnahme darum nothwendig war, weil das Verbrechen, wie Duell, Ehebruch, Incest, wesentlich nur durch mehrere Theilnehmer begangen werden kann. In beiden Fällen ist formell wie materiell die Schuld der Theilnehmer nach den gleichen Grundsätzen zu beurtheilen."

Auf die Begriffe: formelle und materielle Zurechnung im Sinne Hälschners kommt an diesem Orte für uns wenig an. Doch bezeichnet — wenn mein Verständniss, bei dem Mangel scharfgefasster Definition, ein vollständig genaues ist — erstere die Zurückführung des Vollbrachten und Beabsichtigten auf die Willensfreiheit des Handelnden als causa, letztere (welcher eben Hälschner entscheidendes Gewicht beilegt) die Zurückführung des Bösen in That und Thatabsicht auf die sittliche Schuld des formell Schuldigen, die verschieden ausfällt je nach dem Masse, in welchem entweder Selbstbestimmung oder Verführung (Bestimmtwerden durch Verleitung) sich ergibt.

Vgl. Hälschner a. a. O. §§. 30. 31. 70—80.

Genug für uns, dass dieser hervorragende Criminalist hinsichtlich jeglicher Zurechnung die sog. nothwendige Theilnahme der zufälligen vollkommen gleich und beide unter gleiche Grundsätze stellt. Leider vermissen wir eine Aeusserung über die Anwendbarkeit des Komplottbegriffs auf sog. nothwendige Theilnehmer. Hier mogte die Antwort H. nicht leicht fallen. Seine in der Anmerkung zum §. 81 kurzerörterten aber gewichtigen Gegengründe wider die herrschende Lehre und deren Theorien werden unten ihre Würdigung finden. In der That ist es characteristisch, wie leicht

Langenbeck a. a. O. Not. 4.

mit der abweichenden Ansicht eines Hälschner fertig wird, wenn er sagt, dieser „verwerfe die Ausschliessung des conc. nec. von der Theilnahme ganz, aber aus unzureichenden Gründen". —

Verfasser dieser Monographie bekennt schon hier — was häufig genug zwischen den Zeilen hervorschimmern mogte —, dass er die herrschende Doctrin vom conc. necess. und dessen Ausschliessung von der Theilnahme stets verworfen, nur in der Begründung dieses Wider-

spruchs wiederholt verschiedene Wege eingeschlagen hat. Mit um so höherer Genugthuung durfte ich daher in der Recension einer criminalistischen Schrift über die Theilnahme

Schletters Jahrb. Bd. IX. S. 90. (1863)

auf die Auctorität Hälschners mich berufen, und die Bemerkung hinzufügen:

„Kann denn vernünftigerweise für die Strafbarkeit einer verbrecherischen Thätigkeit darauf etwas ankommen, ob das Verbrechen ohne die Betheiligung einer Mehrheit in concreto physisch oder in abstracto juristisch nicht möglich war? Ueberdies dürfte jeder einfache praktische Fall des sog. conc. necess., z. B. Duell, Incest, Ehebruch, Aufruhr, Bestechung, sofort zeigen, dass dem einzelnen Theilnehmer hier wie sonst zuzurechnen ist 1) seine eigne selbständige That, 2) seine verbrecherische Einwirkung auf Willen und That des Mitthäters (hier wie sonst bald Anstiftung, bald intellectuelle oder physische Beihülfe)."

Zweiter Abschnitt.

Kritik der bisherigen Lösungsversuche.

§ 11.

Disposition für die Kritik.

Der Plan zum Angriff muss entworfen werden nach der Verschiedenheit der Gegner und ihrer Vertheidigungsmittel. Die herrschende Lehre, weil dieselbe den sog. conc. necessarius von den Grundbegriffen und Grundsätzen der Theilnahme überhaupt ausschliessen will, nenne ich die Ausschliessungstheorie, die entgegengesetzte von Hälschner aufgestellte, von Bauer und etwa Luden schwach angedeutete, Ansicht die Nichtausschliessungstheorie.

Innerhalb der ersteren unterscheide ich wiederum je nach dem als entscheidend vorgetragenen Grunde der Ausschliessung, folgende Begründungsversuche als ebenso viele Theorien — wobei die Zeitfolge der dogmengeschichtlichen Entwickelung massgebend bleiben mag:

1. Die ältere Isolirungstheorie, so zu nennen, weil sie die That jedes nothwendigen Theilnehmers von der des Mithandelnden isolirt; Vertreter derselben ist Heffter.

2. Die von Hepp aufgestellte Connivenztheorie, welche sich geradezu diesen Namen beilegt.
3. Die Objectstheorie Berners, eine Bezeichnung, welche dadurch sich rechtfertigt, dass nach ihr „das Subject dem Subject nur als Object" gegenüberstehen soll.
4. Die Theorie des „Zutritts ohne Noth", wie Köstlin sie andeutet, welche aber ihrem Inhalte nach mit dem ursprünglichen Gesichtspuncte der begrifflichen Nothwendigkeit (Henke, Häberlin, Marezoll, Hufnagel) zusammenfallen dürfte.
5. Die neuere Isolirungstheorie in der Fassung, welche ihr Temme gibt.

Zum Schluss wird alsdann die Nichtausschliessungstheorie Hälschners in ihren Argumenten einer kurzen Prüfung zu unterziehen sein. Denn auch den Mitteln und Zwecken eines eventuellen Bundesgenossen gegenüber dürfen wir das Auge nicht schliessen, wenn es gilt ein Bündniss anzutragen.

§. 12.

1. Die ältere Isolirungstheorie.

Von Stübel und Martin auf den Begriff einer nothwendigen Theilnahme hingewiesen, bildete man alsbald den Lehrsatz, es sei dieser concursus plurium ad delictum eine Pseudo-Theilnahme, demnach vom Komplottbegriffe, ja auch in allem Uebrigen von der eigentlichen Verbrecherconcurrenz auszusondern. Allein man stellte den Satz: die begrifflich nothwendige ist keine wahre Theilnahme, als ein Postulat hin, also ohne jegliche Begründung. Erst

Heffter a. a. O.

sucht eine solche, und zwar in zwei ferneren Sätzen:

> Jeder nothwendige Theilnehmer begeht eben durch die rechtswidrige Form seines Handelns das Verbrechen ganz und für sich.
>
> Darum kann man hier nicht noch ausserdem von einer Theilnahme am Verbrechen des Andern reden.

Das heisst mit anderen Worten, wie bereits oben (§§. 6. 7.) gezeigt wurde: Für jeden der nothwendigen Theilnehmer liegen sämmtliche Momente der Zurechnung und folglich auch der Strafbarkeit unmittelbar und ausschliesslich in dessen eigner Handlung, nichts davon in der Mithandlung des Anderen. Wohin diese Isolirung führt, das mögen Beispiele vor Augen stellen.

Der unverehelichte A, welcher mit der B, der Ehefrau des X concumbirt, verletzt dadurch das eheliche Verhältniss, in welchem die B steht, und ebendadurch die Rechtsordnung, welche dieses Verhältniss unter ihren Strafschutz gestellt hat; und zwar so, wie wenn er (der A) ganz allein handelnd aufgetreten wäre. Ist er selbst verheirathet, dann kränkt er in gleicher Weise zwei Ehen, nämlich auch die eigene mit der Z. — Ganz ebenso steht es mutatis mutandis auf Seiten der Ehefrau B. Weder für ihn, noch für sie kommt der Umstand irgendwie in Betracht, dass auch der andere mitwirkende Theilnehmer ein eigenes so oder so gestaltetes, leichteres oder schwereres Verbrechen begeht. Auf das Mass der gegenseitigen geistigen Einwirkung kommt hier nichts an. Und warum nicht? Weil das Gesetz hier ja zwei Mitwirkende fordert (!). Dadurch ist Jedem hinsichtlich der verbrecherischen That des Anderen ein Ablass, um nicht zu sagen eine Prämie, im Voraus gewährt.

Der Bestecher verübt die strafwürdige Handlung, einen Beamten durch Darbietung materieller Vortheile zum Amtsvergehen zu verleiten. Der Bestochene begeht ein besonderes Amtsvergehen, indem er sich durch materiellen Vortheil zu einer pflichtwidrigen oder doch erkauften wenn auch an sich functionsgemässen Handlung bewegen lässt. Was haben diese beiden Delicte mit einander gemein? Gar nichts; denn auf die Verleitung beziehungsweise das Anerbieten einer Amtsthätigkeit gegen Belohnung, darauf kommt eben nichts an. Jeden trifft seine Strafe für sein eigenes Verbrechen, ohne Rücksicht auf das Mass der Beeinflussung, ohne Rücksicht auf den Zusammenhang mit der That des Anderen. Warum nicht? Nun, weil das Gesetz zur Bestechung eben zwei Personen fordert. Es muss ja auch ein Bestochener da sein; was geht das den Bestecher an! Mag das Gesetz es verantworten.

Wollte man hier ausserdem noch von Anstiftung, „Miturheberschaft", oder gar von Komplott reden, man würde beide Sondervergehen vermischen

vgl. die „Bestechung" in Heffter, Lehrb. §. 545. verb. „eigentlich ein Doppelverbrechen" — s. unten unsern §. 56.

und jeden Einzelnen doppelter Verantwortung unterziehen, einmal für die eigene That, sodann für die des Anderen.

Vielleicht entspricht diese praktische Zerlegung des Delicts in zwei Sondervergehen dem Geiste jener wortkargen Begründung. Fleisch und Blut vermag ich an derselben eben nicht zu entdecken, wenigstens gesundes nicht. Sie schwindet aber zum Schatten zusammen, wenn man nunmehr Folgendes bedenkt.

Zuvörderst: ist denn eine solche Zerspaltung des Verbrechens in zwei Sondervergehen logisch oder rechtlich zulässig? Der Ehebruch, die Bestechung, der Zweikampf, Incest u. s. f., diese alle bilden doch nach positivem Recht anerkanntermassen eben Ein untheilbares Verbrechen. Oder will Jemand zwei Ehebrüche in Einem, zwei Zweikämpfe in Einem unterscheiden? Dazu aber wäre man geradezu genöthigt, wenn jeder Einzelne das Verbrechen „ganz" begangen, und „für sich" allein begangen hätte.

Noch mehr. Die angeblich streng zu trennende That des A ist ohne ein gleichzeitiges Mithandeln des oder der B ganz undenkbar. Darin besteht das Wesen einer begrifflichen (nothwendigen) Theilnahme. Die Thätigkeit des einen Duellanten, Concumbenten u. s. f. ergänzt erst die Thätigkeit des anderen zum Ganzen des Verbrechens. Es findet ein Ineinandergreifen, ja eine vollständige Durchdringung statt; hier, wie sonst nirgendwo. Hier noch augenscheinlicher, so zu sagen greifbarer, als in den Fällen des sog. facultativen concursus. Und doch fällt es ja Niemandem ein, bei Einem von zwei Mitthätern gemeinsam verübten Diebstahl von zwei Diebstählen zu reden. Und dort sollten die zusammenwirkenden Geister und deren Schuld getrennt bleiben, obgleich dieselben in der verschiedensten, immer aber wesentlichen Weise auf einander einwirken!

Daher ist endlich, wie schon Hälschner a. a. O. treffend bemerkt, bei jenem Begründungsversuch eben das punctum saliens jeder Theilnahme übersehen, nämlich das Bestimmtwerden oder Sichselbstbestimmen zur bösen That, m. a. W. das zurechenbare Mass der sittlichen und rechtlichen Schuld.

Die Isolirungstheorie widerspricht demnach gleichsehr dem Begriff der hierhergehörigen Verbrechen, und den ersten Grundbegriffen der Lehre von der Theilnahme.

Offenbar hat denn auch diese Begründung der herrschenden Ansicht sonderlich Glück nicht gemacht, mindestens kein dauerndes. Die Anhänger des Satzes führen bald andere bald keine Gründe an; manche ziehen es vor, der ganzen Streitfrage gegenüber in hartnäckiges Schweigen sich zu hüllen.

§. 13.

2. Die Connivenztheorie.

Hepp referirt a. a. O. die herrschende Ansicht nach Marezoll und Hufnagel, fühlt dabei, dass die Gesetzgebung solchen Unterschied nicht

mache, glaubt aber mit dem Satze: lege non distinguente nec nostrum distinguere durch einen Appell an den „vernünftigen Richter“ sich abfinden zu können, welcher letztere auf Duell und Aehnliches die Begriffe Komplottanten, Miturheber, Theilnehmer nicht beziehen werde. Nun, jener vernünftige Richter wird überhaupt wohlthun, weder hier noch sonst irgendwo dem wunderlichen Fluge, den mit ihren Begriffen von Komplott und Miturheberschaft die Doctrin genommen hat, bis in die äussersten Regionen zu folgen, weil diese Begriffe einer praktischen wie logischen Probe Stand zu halten überall nicht vermögen.

S. unten im Zweiten Theil §§. 36. ff. und oben Einleit. §. 2.

Allein warum der Richter von Mitthäterschaft, Anstiftung und Theilnahme in diesem Sinne bei Zweikampf, Ehebruch u. s. f. nicht ebenso füglich sollte reden können, wie bei Mord, Todschlag, Diebstahl etc. — das vermag ich allerdings nicht einzusehen.

Sodann aber fühlt Hepp sich offenbar nicht befriedigt durch die herrschende Lehre, wenn dieselbe für ihren Glaubenssatz Gründe nicht oder in ungenügender Weise beibringt. Dieser Begründungsdrang führt ihn zur Aufstellung seiner „Connivenzverbrechen“. So löblich das Bestreben, so verfehlt dessen Ergebniss.

Zunächst muss uns Wunder nehmen das Zusammenwerfen der Beispiele von nothwendiger Theilnahme: Duell, Ehebruch, Unzucht, Wucher (?), mit Begriffen ganz anderer Art: Entführung einer Einwilligenden, Tödtung oder Misshandlung eines volens. Allein diese Mischung heterogener Stoffe erfolgt lediglich, um aus deren vermeintlichem Vermischungsprocesse ein neues Heilmittel für die kranke Doctrin zu erzielen, nämlich eine Gattung von mancherlei Verbrechen, welchen gemeinsam ist:

> „Connivenz“, das soll heissen: nothwendige gegenseitige Einwilligung der schuldigen Theile.

Dagegen müsste es der Bemerkung nicht bedürfen, dass

1. Die Bezeichnung durchaus falsch gewählt ist, weil weder der Etymologie, noch dem gemeinen Sprachgebrauch, noch der Rechtssprache und dem positiven Recht überhaupt gemäss.

Das „connivere“, welches bereits den classischen Nichtjuristen geläufig war, ist m. E. abzuleiten von *συννεφεῖν* (sc. *ὄμματα*) d. h. die Augen, den Blick umnebeln, umwölken, und so nur halbsehend machen — und wird namentlich von Dem gebraucht, welcher beide Augen halb schliesst (durch die Wimper verschleiert), um eben nur undeutlich oder gar nicht zu sehen was er ohnedies sehen müsste und würde; ungefähr also, aber nicht genau dem deutschen Ein-Auge-Zudrücken

im Sinn entsprechend. Auf das geistige Gebiet angewendet, liegt demnach in dem connivere: nicht sehen beziehungsweise nicht gesehen haben wollen, was ein Anderer thut, also absichtlich geschehen lassen, und so geistig an der That des Anderen sich betheiligen, indem man nicht hindern, nicht sehen, nicht stören will. Dabei wird meist geheimes Einverständniss mit dem Thäter eben darüber vorausgesetzt.

Genau in dieser Bedeutung hat denn auch die Rechtssprache der Constantinischen Periode den Ausdruck gelegentlich verwendet, als „dolo conniventes", „conniventia" schlechthin, und zwar vorwiegend im Sinne verbrecherischer Betheiligung. So in

L. 6. §. 1. C. de postulando. 2, 6. ann. 368.

L. 2. C. de haereticis etc. 1, 5. ann. 379.

L. unic. C. de his qui potent. nom. 2, 15. ann. 400.

In gutem Sinne dagegen von Ulpian in

L. 4. §. 1. D. de manum. 40, 1. „conniventibus oculis",

in welcher Stelle der Ausdruck m. E. dasselbe bedeutet, was im Deutschen: wir dürfen es (damit) so genau nicht nehmen, d. h. wir müssen eben ein Auge zudrücken über das eine oder andere Bedenken der rechtlichen Strenge.

Die bezeichnete Art der verbrecherischen Betheiligung enthält nun offenbar das, was man „negative Theilnahme" in einer Gestalt nennt, die ebenso umfassend wie gewöhnlich ist: Die Connivenz-Theilnahme. Allein die Doctrin des 17. und 18. Jahrhunderts bestrebte sich, daraus ein Sondervergehen, das sogenannte crimen conniventiae, zu gestalten, getrieben hier wie anderswo von dem Bedürfnisse eine poena extraordinaria für solche Fälle zu rechtfertigen — ein Wunsch, der allerdings einmal in den absoluten Strafbestimmungen der Gesetze jener Zeit, sodann in der hergebrachten Gleichstellung der Theilnehmer mit dem Thäter hinsichtlich der Strafbarkeit, eine hinreichende Entschuldigung finden mag. Die Meinungen seiner Vorgänger zusammenfassend, führt vor Allen

Püttmann. Opusc. jur. criminal. Dissert. III. De crimine conniventiae. Lips. 1789.

von einem solchen „tacitus consensus (besser wohl assensus per patientiam) i. e. patienter ferre rem, quam sentimus, et si eam haud sentire dissimulamus" namentlich folgende Beispiele vor: magistratus, qui impunita scelera praetermittunt — die patientia maritalis des Ehemanns, welcher in eignem Interesse den Ehebruch der uxor geschehen lässt — die patientia der parentes und domini servorum, welche Vergehen der Kinder beziehungsweise Sclaven nicht sehen wollen — absichtliche Nicht-

hinderung und Nichtanzeige von Delicten, deren Verhinderung beziehungsweise Anzeige gesetzlich geboten ist — endlich das wissentliche Zulassen und Gestatten von Münzfälschung oder qualificirter Unzucht im eignen Hause nach P. G. O. art. 111 und 123.

Diese Schulbeispiele, so wenig erschöpfend und systematisch geordnet sie auftreten mögen, lassen erkennen, dass dem sogenannten crimen conniventiae die wahre Bedeutung dieses Ausdrucks überall zu Grunde liegt, nämlich die negative Hülfe, welche nicht durch That oder Rath im eigentlichen Sinn, sondern durch absichtliches Geschehenlassen (patientia) dem fremden Delict geleistet wird. Und zwar so, dass zwar der Thäter mit dem Connivenzhelfer im Einverständniss sich weiss oder doch vermuthet, der letztere aber, obwohl Mitwisser (conscius criminis) als nichtwissend dastehen, erscheinen will. Hierin ist offenbar ein grosser Theil der Fälle einer negativen Hülfe begriffen, welche z. B. nach Preussischem Strafrechte gemeiniglich unter die Bestimmungen des

Preuss. St. G. B. §§. 34. 2) bzw. 38.

fallen, ausnahmsweise aber als Sondervergehen anderswo hervorgehoben sind, so in

Dems. St. G. B. §§. 321. 330.

vgl. auch das Ges. vom 2. Juni 1852 (Holzdiebstahl) §. 10.

Der Begriff der Connivenz und der durch dieselbe geleisteten Hülfe ist also ein sprachlich wie rechtsgeschichtlich vollkommen feststehender.

Wie nun dennoch Hepp demselben eine ganz neue, geradezu sprachwidrige, dem positiven Recht widersprechende Bedeutung geben will in dem „Connivenzverbrechen", das er a. a. O. aufstellt, bedarf keines weiteren Nachweises. Oder vermag etwa Jemand durch blosses Nichtsehenwollen, durch ein Augezudrücken m. E. W. durch Connivenzhülfe einen Zweikampf auszufechten, in Ehebruch oder Unzucht zu concumbiren, Wucher zu vollziehen, eine Einwilligende zu entführen, einen volens zu tödten, oder auch nur sich entführen, sich misshandeln zu lassen?

2. Gesetzt aber es wäre statthaft, dergleichen Thathandlungen als Connivenz zu bezeichnen, in letztere also eben die zum Verbrechen nothwendige gegenseitige Einwilligung unter Mithandelnden hineinzulegen, dann würde es in der That nicht bloss statthaft, sondern schlechthin geboten sein, jede solche gegenseitige Einwilligung Connivenz zu nennen, folglich auch da wo dieselbe begrifflich nothwendig nicht ist. Nun, dann hätten wir jedes strafbare Einverständniss zur Connivenz umgetauft, und namentlich auch für das sogenannte Komplott einen

neuen Namen gefunden — der freilich noch weit bedenklicher sich erweisen dürfte als der Vorgänger mit seinem Gefolge der wunderlichsten Consequenzen! Eben dieses sogenannte Komplott aber will Hepp a. a. O. von seinem „Connivenzverbrechen“ allganz abgesondert wissen.

Wir suchten bisher in diesem Begründungsversuche einen Grund für die Ausschliessung der nothwendigen Theilnahme von den Begriffen der Verbrecherconcurrenz überhaupt vergebens. Wir fanden statt dessen einen blossen obendrein sprach- und rechtswidrigen Verwirrungsversuch, der glücklicherweise vollständig gescheitert, ohne Anklang verschollen ist. Doch durften wir uns solchem Versuch gegenüber der — Connivenz nicht schuldig machen.

Allein, was Hepp der Sache nach beibringt, wie steht es damit? Bei Aufruhr, welcher „auch nur durch ein gewisses übereinstimmendes Handeln ausgeführt werden kann“ finde der Komplottbegriff u. s. w. unzweifelhaft Anwendung. Aber besteht denn unter den Aufrührern nicht ebenfalls eine „nothwendige gegenseitige Einwilligung?“ Warum also nicht auch diese Conniventen nennen? Freilich, dann scheiterte die kaum auslaufende Theorie Hepps noch im Hafen.

Die Begriffe „Theilnehmer, Urheber, Komplottanten“ sollen auf die angeblichen Connivenzverbrechen unanwendbar bleiben. Immerhin mag der „gemeine wie wissenschaftliche Sprachgebrauch“ vorziehen, die Hauptschuldigen schlechthin Duellanten, Ehebrecher, Scortanten u. s. f. zu nennen. Aber was entscheidet dies? Der Sprachgebrauch nennt auch den Thäter eines Mordes, Diebstahls gemeiniglich Mörder, Dieb — trägt dagegen kein Bedenken von „Mordthat“ zu reden! Hepp beweist hier Zuviel, also für sich Nichts. Ist der Mörder dennoch Thäter des Mordes, warum in aller Welt sollten dann die Duellanten, Ehebrecher u. s. f. nicht ebenfalls Mitthäter, folglich Thäter sein?

Noch mehr. Theilnehmer sollen dort genannt werden dürfen lediglich dritte Personen, die an dem Duell, Ehebruch etc. auf verschuldete Weise betheiligt waren. Gibt also Hepp zu, dass es statthaft sei, die Secundanten, welche zu einem regelrechten Zweikampf doch gehören, als Gehülfen zu bezeichnen? Wenn nicht — die „Anstifter, Gehülfen oder Begünstiger“, die er hervorhebt, sind etwa diese nicht betheiligte Nichtthäter, also Theilnehmer in diesem beschränkteren Verstande? Er bejaht die Frage. Ich sollte aber meinen, wo Anstifter, Gehülfen etc. zum Duell, Ehebruch sich finden, da müsste doch wohl auch ein Thäter — oder wie man damals zu sagen vorzog: ein physischer Urheber — vorhanden sein, wenn nicht der Anstifter ohne An-

gestifteten, der Gehülfe ohne Geholfenen, in der Luft schweben soll. Warum also den Thäter nicht Thäter nennen? —

Wir durften die Mühe dieser Widerlegung uns ersparen, wäre nicht eben dadurch Gelegenheit gegeben, das vernachlässigte Verständniss der wirklichen, der sprach- und quellengemässen Connivenz, als einer Art der negativen Hülfe (wovon unten) wieder einmal dem Dämmerlichte zu entreissen. Und ferner: wenn nicht, ungeachtet der gleich falschen Terminologie und Theorie, dennoch in der „gegenseitigen Einwilligung" Hepps ein ihm selbst noch unklarer aber gesunder Gedanke verborgen läge, der alsbald seine Verwerthung finden wird.

§. 14.

3. Die Objectstheorie.

Die oben in §. 8 referirte Theorie Berners tauchte zu einer Zeit auf, wo der Criminalist, den die Lehre von der Theilnahme ernstlich beschäftigt hatte, für eine wirklich neue und allem Anschein nach höchst einfache Idee ganz besonders empfänglich sein musste. Umsomehr, wenn dieselbe, wie hier, in einer geistvollen Behandlung der ganzen Lehre, also im Zusammenhange mit dem Ganzen hervortrat. Allein eben zu einer solchen Zeit, wo dem plötzlich hereinbrechenden Lichte mit der Dunkelheit das Bedürfniss des Lichts vorausgegangen, pflegt dasselbe die Augen zu blenden, anfänglich eine klare Auffassung der grell beleuchteten Umgebung nicht zu gestatten. Bei nüchternem Tageslicht betrachtet, bietet dann die Zauberwelt immerhin manche Enttäuschung.

> „Nicht, dass das andere Subject als solches, sondern dass es als Object des Verbrechens nothwendig ist, macht das Wesen des concursus necessarius aus, und nur hierin ist der Grund zu suchen, der diese Form von der eigentlichen Theilnahme ausschliesst" — mit andern Worten hier „steht das Subject dem Subject nur als Object gegenüber" —

diese Worte Berners sprechen in nuce seine Theorie aus.

Um deren Unrichtigkeit darzuthun, will ich darauf nur secundäres Gewicht legen, dass Berner hier

Theilnahme. S. 166

den concursus necessarius mit Ausstossung des Aufruhrs construirt, anderswo dagegen

Lehrb. §. 107

das ausgestossene Verbrechen wiederum in den concursus necessarius

mitaufnimmt und die Identität von Object und mithandelnder Person lediglich als „gewöhnlich“ vorliegend bezeichnet, d. h. als zum „Wesen“ des Begriffs nicht gehörend. Denn, wie bedenklich es immerhin erscheinen muss, dass Berner am letztgenannten Orte dem concursus facultativus den Aufruhr nicht einverleiben will — was doch in der „Theilnahme“ a. a. O. geschehen —, man ist berechtigt, folgende Construction als die des Lehrbuchs anzusehen:

Der concursus necessarius im weiteren Sinne (der herrschenden Lehre) umfasst alle Fälle, in denen ein durch den Begriff des betreffenden Verbrechens gefordertes Zusammenwirken Mehrerer vorliegt. Darin aber ist zu unterscheiden

a. der eigentliche (echte, engere) concursus necessarius, begreifend nur die Fälle, welche ausser jenem allgemeinen Merkmal auch noch das besondere aufweisen, dass die mithandelnde Person mit dem Object des Verbrechens identisch ist. Beispiele: Bigamie, Ehebruch, Incest, Stuprum, Duell, Bestechung.

b. der uneigentliche (unechte, weitere) concursus necessarius, welcher eben nur jenes allgemeine, nicht dieses besondere Merkmal an sich trägt. Hierher gehören: Aufruhr, Auflauf.

Allein der Widerspruch dieser Theorie mit derjenigen, welche Berner selbst in der Theilnahme a. a. O. vorgetragen hatte, tritt nur um so deutlicher hervor. Dort waren lediglich die Fälle sub a. als concursus necessarius, im Gegensatz zum facultativus, bezeichnet, jene von den Grundsätzen der Theilnahme ausgeschlossen, alles Uebrige (einschliesslich des Aufruhrs) denselben unterworfen. Hier dagegen erfahren wir, dass die Fälle sub a. und sub b. als concursus necessarius dem facultativus entgegengesetzt, und zusammengenommen den Grundsätzen der Theilnahme entzogen, dem „besonderen Theil“ als „Eigenthümlichkeiten gewisser Verbrechensarten“ überwiesen werden sollen.

Doch, wie gesagt, wir legen auf diesen Selbstwiderspruch kein sonderliches Gewicht. Derselbe lässt durch eine Sinnesänderung des Verfassers, die freilich nirgends eingeräumt worden, sich erklären. Es ist die Grundidee Berners, die Objectstheorie oder deutlicher: die Theorie von der Identität des Objects mit der mithandelnden Person, deren Stichhaltigkeit einer Prüfung unterzogen werden muss.

Der Kern dieser Begründung liegt in dem Satze: Das mithandelnde Subject ist hier identisch mit, also zugleich das Object des Verbrechens eines Jeden. Folglich steht das Subject lediglich der Objec-

tivität gegenüber („das Subject hat nur mit der Objectivität zu thun"), ist die Handlung einfacher Process des Subjects mit der Objectivität.

Berner, Theiln. S. 166 oben. Vgl. ebendas. S. 1.

Bei der Theilnahme am Verbrechen dagegen tritt das Subject mit anderen Subjecten zusammen, wird die Handlung zum Process des Subjects mit dem Subjecte. — Wir reden hier mit des Verfassers eignen Worten.

Ich frage daher zuvörderst:

Ist das mithandelnde Subject überhaupt der Gegenstand, das Object des Verbrechens?

Was Object eines Verbrechens sei, darüber — sollte man glauben — könne ein Zweifel überhaupt nicht aufkommen. Auch scheint Berner selbst anderswo

Lehrb. §. 82

mit der Frage im Reinen. Der von jeglichem Verbrechen mittelbar aber wesentlich betroffene Gegenstand ist stets ein und derselbe: die Rechtsordnung, gegen welche der verbrecherische Einzelwille handelnd sich auflehnt; das juristische Object. Dieses aber wird niemals in seinem Wesen, niemals als Ganzes getroffen, sondern immer nur als äussere Erscheinung, immer nur in einem seiner Bestandtheile, auf einem derjenigen Einzelgebiete, in welche die Rechtsordnung alle durchdringend aufgelöst gedacht werden kann. So die Staatsverfassung als solche, die Rechtspflege, die Integrität der Amtstreue u. s. f.; so das Institut der Ehe, die leibliche Integrität der Staatsbürger, deren Willensfreiheit, Ehre, Vermögenssicherheit, Treue und Glauben im Verkehr etc.; das besonders betroffene juristische Object, immer noch als abstractes gedacht. Allein das concrete Verbrechen vermag eben nur die concrete Erscheinung eines solchen Bestandtheils der Rechtsordnung unmittelbar zu treffen, z. B. die Verfassung, Verwaltung, Rechtspflege eines concreten Staats, die Integrität einer concreten Amtstreupflicht, eine concrete Ehe u. s. w. So stellt als unmittelbares, so zu sagen praktisches Object eines Delicts sich dar: ein individuelles Rechtsverhältniss, als concreter Bestandtheil der Rechtsordnung, oder genauer: die Rechtsordnung, individualisirt in einem ihrer strafrechtlich geschützten Rechtsverhältnisse. Gegen jene, an diesem wird das Verbrechen begangen.

Der Leib des erschlagenen, verletzten, gemisshandelten Menschen, die gestohlene Uhr des X, die gefälschte Urkunde, die durch Betrug dem X entzogene Geldsumme, — diese sind nicht das Object des Verbrechens, sondern höchstens das äusserliche der Handlung,

des blossen Thatactes. Ebensowenig aber der X selbst, von dessen Körper, Uhr, Urkunde, Geld die Rede ist. Die Person und deren einzelnes Gut erscheint lediglich als Durchgangspunct, als medium, durch welches hindurch das Object betroffen worden ist. In dem X, dessen Körper, Vermögensgegenstande etc. wird das Verbrechen an der Rechtssicherheit seines Lebens, seiner Gesundheit, Ehre, seines Vermögens verübt, als an einer Individualisirung der Rechtsordnung selbst. Wir werden hierauf anderswo (s. unten §. 18) zurückkommen müssen.

Schon an sich einleuchtend, wird dies sonnenklar, wenn man eben die Beispiele der sogenannten nothwendigen Theilnahme ins Auge fasst. Die Ehefrau B begeht mit dem unverheiratheten A einen Ehebruch. Ist das Object ihrer verbrecherischen Thätigkeit etwa der Buhle A, dessen Person? Oder nicht vielmehr eben ihr eigenes eheliches Verhältniss mit dem X? Diesem ihrem Gatten bricht sie die Ehe, die Treue. Das Object ihrer Missethat kann kein anderes sein, als ihre Ehe mit diesem. Und nun gar der A. Sein Object ist doch wohl nicht etwa die Person der Ehefrau B, mit der er concumbirt, sondern deren eheliches Verhältniss, dessen bewusst-gewollte Missachtung eben seinen Ehebruch ausmacht. Wäre ersteres wahr, hätte er an der Person der B sich vergangen — nun, dann wäre es geradezu widersinnig, ihn Ehebrecher zu nennen!

Noch mehr. Die Verletzung der Person des Mitconcumbenten wird ja schon dadurch geradezu ausgeschlossen, dass dieser eingewilligt hat, das Vergehen also dann an der Person eines Einwilligenden würde begangen sein. Hierin liegt der gesunde Grundgedanke der im Uebrigen verfehlten Hepp'schen Connivenztheorie. Wollte man erwidern: Geschlechtsehre sei doch in der Person als Object gemeint, diese aber sei ein unverzichtbares (vulgo: unveräusserliches) Gut, so wäre auch dieser Einwand zu verwerfen, aus zwei Gründen. Einmal, das blosse stuprum voluntarium als solches ist ein Vergehen überall nicht. Es müsste also hier eben die Ehe der stuprata herbeigezogen werden, um die Handlung strafbar erscheinen zu lassen, mit andern Worten dennoch die Ehe der B als verletztes Object anerkannt werden. Sodann: wenn die Geschlechtsehre der B das Object der verbrecherischen Thätigkeit des A wäre, dann würde Ehebruch auf Seiten des A nicht vorliegen (sondern Geschlechtsehrverletzung etwa). Umsoweniger aber gar auf Seiten der B; denn ihr Object müsste dann ebenfalls in der Person des A dessen männliche Ehre oder etwas dem Aehnliches sein, nicht aber ihr eigenes eheliches Verhältniss zum Gatten X.

Bedürfte es weiterer Durchführung, so könnte z. B. die Bestechung

gleichfalls den Gegenbeweis liefern. Hier würde die Person des Beamten A, und andererseits die Person des Nichtbeamten (Bestechers) B, das Object des beiderseitigen Verbrechens sein. Nun, dann wäre dies eben Bestechung nicht, sondern es würde in den Personen ich weiss nicht was verletzt. Auf flacher Hand aber liegt es, dass die Integrität der Amtstreue, freilich auch hier für Jeden in verschiedener Weise, das einzige Object der verbrecherischen Thätigkeit eines jeden von Beiden bildet. Diese Beispiele mögen vor der Hand genügen.

Angenommen aber, was entschieden geleugnet wird, es könnte in irgend welchem Verstande das mithandelnde Subject zugleich Object des Verbrechens genannt werden, dann ist dennoch die weitere Behauptung Berners unhaltbar: das andere Subject sei hier nicht als solches, sondern als Object nothwendig.

Auf den ersten Blick scheint in diesem Satze sogar ein innerer Widerspruch zu liegen: das Subject ist nicht Subject. Allein Berner sagt: es ist allerdings Subject, aber als Subject nicht nothwendig, und zwar — wenn ich ihn recht verstehe — für den Mithandelnden nicht nothwendig.

Wenn das Zusammenhandeln der beiden (beziehungsweise mehreren) Subjecte doch jedenfalls zum Begriff der nothwendigen Theilnahme gehört, gar dessen Ausgangspunct bildet, ist dann jedes der mithandelnden Subjecte nicht eben als Subject unerlässlich, durchaus nothwendig? Ein Object als solches handelnd gedacht — der Widerspruch ist handgreiflich, weil begrifflich. — Damit fällt aber auch Berners letzter Satz: es stehe das Subject dem Subjecte hier nur als Object gegenüber, in sich zusammen. Berner meint, wenn ich ihn wiederum recht verstehe: für sich ist das Subject eben Subject, für das mithandelnde Subject aber lediglich Object. Die Widerlegung liegt in aller Kürze — um meiner späteren Ausführung nicht allzusehr vorzugreifen — schon darin, dass die Fälle des concursus necessarius überall gedacht werden nicht können ohne Zusammenwirken und gegenseitiges Einverständniss, und dass beides unleugbar nur unter Subjecten als solchen möglich ist, nicht aber zwischen Subject und blossem Object.

Hälschner, welcher a. a. O. auf eine kurze Gegenbemerkung sich beschränkt, sagt daher schwerlich zuviel, wenn er diese Ansicht „noch verwerflicher" nennt, als die der Vorgänger Berners, die hinreichend zu scheiden und zu widerlegen H. freilich unterlässt.

Das Verdienst Berners bestand m. E. nicht in der eignen Theorie, die er aufstellte, sondern in der scharfen Scheidegrenze, welche er — freilich wenig scharf ausgeprägt — in der „Theilnahme" a. a. O. zog

zwischen dem concursus necessarius im engeren Sinne einerseits, und andrerseits dem Falle des Aufruhrs sowie der nur factisch-nothwendigen Verbrechermehrheit. Diese Grenze aber hat er im Lehrbuche a. a. O. wiederum verwischt, nicht zum Vortheil seiner Theorie noch der Begriffsbestimmung überhaupt. Ich werde unten (im dritten Abschnitt des zweiten Theils) zu zeigen suchen, wo jene Grenzen liegen und wie sie abzustecken sind.

Was aber vollends nützt es, den erweiterten concursus necessarius, mit Einschluss der Fälle des Auflaufs und Aufruhrs, wie im

Lehrb. a. a. O. (vgl. unsern §. 8)

geschieht, dem besonderen Theil des Strafrechts zu überweisen? Wo im System des besonderen Theils die Classe von Verbrechen unterbringen, denen die „Eigenthümlichkeiten" des concursus necessarius im Sinne Berners gemeinsam sind, wie und wo dort diese Eigenthümlichkeiten scheiden und behandeln! Ich sehe nicht, dass B. irgendwo im besonderen Theil diese Aufgabe zu lösen unternommen hätte. Soll denn etwa die Zahl der wissenschaftlichen Vagabonden, die überall abgewiesen, nirgend eine bleibende Stätte finden, bis sie auf dem Transport verenden, soll die Zahl dieser verwahrlosten Materien — ich nenne als Beispiele nur die Begünstigung, das sogenannte Unterlassungsvergehen — noch durch den concursus necessarius vermehrt werden? In der That, die allgemeine Lehre von der Verbrecherconcurrenz bietet des Raums und der Gelegenheit genug, jene Scheidungen in aller Kürze und Schärfe zu ziehen und auszuführen.

§. 15.

4. und 5. Die Theorien Köstlins und Temmes.

4. „Natürlich werden die Grundsätze über den concursus facultativus nicht angewendet auf den concursus necessarius",

so lässt

Köstlin a. a. O. §. 89. Anm. 2.

sich vernehmen. Freilich; wenn man einmal jene beiden Arten des concursus ad delictum einander entgegensetzt, dann hiesse es Gegensatz und Eintheilung wiederum aufgeben, wollte man für beide Arten Gleiches gelten lassen. Zerfällt ein genus in die species a und b, dann müssen die auf a anwendbaren Grundsätze auf b zum Theil unanwendbar, zum Theil aber auch als allgemeine beiden gemeinsam sein. Ich meine daher, Köstlin sagt nicht was er sagen will. Er meint, nur der concursus facultativus enthalte eine wirkliche Theilnahme; darum kön-

nen die Grundsätze der letzteren auf den concursus necessarius Anwendung nicht finden. Das eben war und ist die herrschende Lehre. Nur so tritt auch der Grund Köstlins in das rechte Licht:

> Die Grundsätze der Theilnahme überhaupt können lediglich auf solche Fälle sich beziehen, wo ein verbrecherisches Handeln durch Zutritt ohne Noth verstärkt wird. Und eben dieser „Zutritt ohne Noth" ist nur bei dem concursus facultativus vorhanden, nicht bei dem concursus necessarius.

Habe ich so den wahren Sinn dieses lakonischen — um nicht zu sagen delphischen — Ausspruchs gefunden, dann ist zunächst nur gesagt: begriffliche Nothwendigkeit der Verbrechermehrheit (mit Ausnahme von „Aufruhr und dergleichen") kann der wirklichen Theilnahme nicht angehören, sondern vielmehr lediglich ein durch Hinzutreten ohne begriffliche Nothwendigkeit hervorgerufenes Zusammenwirken. Das freilich hatte man seit drei Jahrzehnten gelehrt. Köstlin will es, im Widerspruch gegen Berners Objectstheorie, lediglich aufrecht erhalten. Allein mit einer Zusatzbestimmung; dieselbe liegt m. E., nur noch lakonischer oder pythischer, in den zwei Worten „verstärkt wird". Der Zutritt ohne Noth d. h. ohne Begriffsnothwendigkeit führt in der That dem verbrecherischen Handeln des Mitschuldigen gewissermassen eine Verstärkung zu, indem sie das Begriffsnothwendige über das Minimum der mitwirkenden Kräfte und Individuen hinaus steigert. Was dagegen ohne Mitbethätigung des anderen Subjects überall geschehen nicht konnte, von dem darf man nicht behaupten, dass es in sich gesteigert oder verstärkt sei; denn es bewegt sich immer noch innerhalb der begrifflichen Minimalgrenze.

Allein dieser Begründungsversuch steht auf ungewöhnlich schwachen Füssen. Denn erstens lässt sich unschwer nachweisen, dass dabei das entscheidende Moment der materiellen Zurechnung: die Einwirkung jedes Mitverbrechers auf den Mitverbrecher — welche gleichsehr in den Fällen der nothwendigen und jeder anderweiten Theilnahme in Ansatz zu bringen ist. Davon unten Näheres. Und zweitens passt Köstlins von uns ergänzte Argumentation, wenn sie diesen Namen verdient vollkommen auch für den Aufruhr, welchen dennoch Köstlin unter die allgemeinen Regeln der Theilnahme stellen will. Auch dieser enthält in seinem Sinn einen concursus necessarius; denn der Zutritt erfolgt mit Noth d. h. Begriffsnothwendigkeit. Wie ist es dann haltbar, denselben nichtsdestoweniger den Grundsätzen des concursus facultativus ganz oder theilweise zu unterwerfen! So sind dem Gebilde Köstlins beide Füsse entzogen, und es fällt hin.

Endlich hat der für den Aufruhr angeführte Grund auf Beachtung wenig Anspruch. Zuvörderst sagt Köstlin überall nicht, was er mit dem „und dergleichen" meint. Vermuthlich Auflauf; vielleicht gar Landfriedensbruch und Hochverrath. — Sodann, wenn der Aufruhr „nichts andres ist, als eine im Komplott begangene Widersetzung gegen die Obrigkeit" — beiläufig bemerkt, eine wenig überlegte Behauptung, s. unten im §. 62 dieser Schr. —, so fragt man füglich: sind denn, mit Ausnahme des Komplottbegriffs, alle übrigen Grundsätze der Theilnahme auch bei dem Aufruhr unanwendbar? Köstlin scheint das anzunehmen, weil doch immerhin sein Begriff von concursus necessarius in allen Stücken den Aufruhr mit umfasst, und er selbst jene beschränkte Ausnahme als zweifelhafte hinstellt, verb. „eine Ausnahme scheint der Aufruhr zu machen."

5. Eingänglicher zu verfahren bestrebt sich Temme a. a. O. §. 67. Von vornherein bezeichnet er die Begründung Berners als „überflüssig".

> „Um das Wesen der strafbaren Theilnahme festzustellen, wird gewöhnlich in die Begriffsbestimmung derselben noch das Merkmal aufgenommen, dass die eine der zusammenhandelnden Personen nicht zugleich als das Object der verbrecherischen Handlung der andern erscheinen dürfe (vgl. Berner, Zachariae, Abegg). Der Zusatz ist überflüssig."

Schon dies ist ein Verstoss wider die Grundregeln wissenschaftlicher Taktik. Ist Berners Theorie lediglich überflüssig, zur Begründung nicht vonnöthen, so ist sie für irrig nicht erklärt, vielmehr ihre Stichhaltigkeit im Unklaren belassen. Das heisst der Prüfung anderer Meinungen sich entziehen. Verwirft Temme die Bernersche Theorie nicht, dann wird sie ihm selbst gefährlich; sie bleibt ihm in der Flanke stehen. Jedenfalls aber ist sie einfacher, als des Verfassers eigene.

Unter vollständiger Trennung

a. des Aufruhrs und verwandter Fälle z. B. des Landfriedensbruchs (?)

 s. darüber unsern §. 65.

b. von dem Duell, der Bestechung etc., mit Einem Wort von denjenigen, bei welchen die mithandelnden Subjecte sich handelnd gleichsam gegenüberstehen,

 s. unsere §§. 53. 54.

und während er paradoxerweise, übrigens nach dem Vorgange Zachariaes (s. oben §. 8), für erstere (a), die doch ganz als gewöhnliche Theilnahme behandelt werden sollen (verb. „das Wesen der Theilnahme

wird dabei nicht alterirt"), eben die Bezeichnung nothwendige Theilnahme vorschlägt, meint Temme:

> es fehle in den Fällen der zweiten Gattung (b) bei den mehreren zusammenhandelnden Personen eben der Wille, ein Verbrechen als gemeinsames ihrer Aller hervorzubringen.

Was ist der Sinn dieser dunkeln Worte? Der Verfasser gibt selbst die Erklärung:

> Entweder es will das eine Subject ein Verbrechen, das andere gar kein solches; oder sie wollen ein jedes ein anderes Verbrechen.

Beispiel für Ersteres soll sein: der Beischlaf des X mit einer Winkelhure. Denn X will hier stuprum, die W. lediglich Betreibung ihres unsittlichen Gewerbes.

Schon hier ist übersehen, dass auch die Handlung des X — den Temme als einen Ehemann nicht bezeichnet — ein stuprum überall nicht enthält, weder nach römischem noch heutigem Recht, sondern eine blosse Unsittlichkeit. Die Wahl des Beispiels ist also eben keine glückliche.

Hören wir nun den Beleg des zweiten Satzes (sie wollen ein jedes ein anderes Verbrechen): „Der Ehebruch nach römischem Recht." Was heisst das? Beischlaf des Ehemanns mit einem ledigen Frauenzimmer galt dem römischen Recht als adulterium nicht, sondern höchstens als stuprum. Dies also, worin beide gleich stehen, kann Temme nicht meinen. Folglich meint er den Geschlechtsumgang der Ehefrau mit einem Dritten (adulter). Hier aber machen bekanntlich wiederum beide Theile gleichen Vergehens, nämlich des adulterium, sich schuldig.

> Vgl. statt Aller Rein, Das Crim. R. der Römer. S. 835 ff. S. 859 ff. und §. 58 gegenw. Schrift.

Zutreffend wäre nur ein dritter Fall: ausserehelicher concubitus einer Ehefrau mit dem Ehemann einer anderen, wobei allerdings nach römischem Recht dort adulterium, hier stuprum vorliegt. Diesen combinirten Fall aber hat Temme sicherlich im Sinne nicht gehabt; mindestens geben seine Worte dazu keinerlei Anlass. — Die Beweisführung Temmes ist demnach schon in den Beispielen einigermassen verfehlt.

Oder endlich, so fährt die Argumentation fort, Jeder hat zwar dasselbe Verbrechen hervorbringen wollen, aber „Jeder für sich allein, als sein eigenes", wie beim Duell, der Bigamie u. s. w.

Man höre, nur dasselbe, nur ein gleiches Verbrechen wollen sie; nichts weiter, nicht Ein gemeinsames. Also ständen die Mitverbrecher

hier gleich den Nichtmitverbrechern, deren Jeder einen durchaus getrennten Diebstahl, folglich doch dasselbe Verbrechen, begeht. Mit nichten. Die Duellanten, die Bigamieschuldigen, der Bestecher und Bestochene etc., diese wollen und begehen nicht mehrere aber gleichartige, sondern eben Ein ungetheiltes Verbrechen.

Und dieses soll nach Temme Jeder für sich allein, als sein eigenes wollen, nicht als gemeinsames, durch gemeinsame Thätigkeit hervorzurufendes! Also der Duellant will kämpfen, aber nicht gemeinsam mit einem Anderen, dem Gegenkämpfer, Gegner. Dann ist es wundersam, dass er nicht den zweckmässigeren Weg einschlägt, mit seinem Spiegelbilde oder einem hölzernen Ritter den Strauss auszufechten. Also der Ehemann A will eine zweite Ehe schliessen, aber nicht gemeinsam mit einer Pseudo-Sponsa. Entsteht denn nicht hier wie dort der Thatact erst durch ineinandergreifende Thätigkeit, und ist der Wille eines Jeden nicht eben darauf gerichtet? Natürlich schwebt auch über dieser Temme'schen Theorie ein richtiger Gedanke; dieser aber ist zum Ausdruck nicht gelangt. Es wird am Schluss gegenwärtiger Schrift — im dritten Abschnitt des zweiten Theils — das eigenthümliche Moment seine Verwerthung finden, welches jenen Beispielen unleugbar zugrundeliegt.

Soviel steht felsenfest: das Verbrechen ist Ein Verbrechen, und nicht lediglich das eigne eines Jeden, sondern als gemeinsames gewollt und verübt.

Was Temme sagt, ist jedenfalls irrig; was er etwa meint, aber nicht sagt, entzieht sich unserm Wissen und jeder sicheren Prüfung. So wie sie dasteht, ist die Theorie lediglich eine andere Formulirung der alten Isolirungstheorie, weshalb ich sie die „neuere Isolirungstheorie" genannt habe. Die Rückkehr zum Alten enthält sie, mit der Ausbeute eines neuen Kriteriums: des fehlenden Willens der Gemeinsamkeit, welches verworfen werden muss. Obendrein ignorirt sie die Theorie Berners, welche eine Prüfung fordern durfte.

§. 16.

Heutiger Stand der Frage.

Der concursus necessarius beunruhigt die heutigen Strafrechtslehrer nur in geringem Masse, die Praxis und Gesetzgebung allem Anschein nach überhaupt nicht. Ersteres erregt unser Befremden, Letzteres keineswegs. Dass der Gesetzgeber einer Frage nicht gedenkt, die einerseits nur bei einigen und zwar nicht zahlreichen Vergehen ihre Rolle

spielt, und obendrein solchen, die theils seltener vorfallen theils, wenn dies der Fall, zu den Antragsvergehen zählen, die andrerseits in der Theorie offenbar zum Austrage nicht gelangt ist, indem die Meinungen angesehener Rechtslehrer einander schroff gegenüberstehen — dies erscheint mehr als begreiflich. Der Praktiker aber dürfte keinerlei Bedenken tragen, die gewöhnlichen Grundsätze von der Theilnahme am Verbrechen zur Anwendung zu bringen, wenn auch vielleicht unter anderen Namen, welche neuere Gesetze ihm an die Hand geben, z. B. als an „Mitschuldigen, Parteien oder Gegnern"

vgl. Preuss. St. G. B. §§. 140. 167. 169.,

unbekümmert um einen Streit, der lässig geführt kaum zu seinem Ohre dringen mag.

Wie aber erklärt es sich, dass die Doctrin in Passivität verharrt, wenn sie den offenen Widerspruch eines Hälschner der herrschenden Meinung gegenübertreten sieht? Ich meine, entweder sie legt die Frage sich vor, ob denn wirklich das bisher festgehaltene Dogma, es sei der concursus necessarius von der Lehre der Theilnahme ganz oder doch theilweise auszuschliessen, auf festen Grund oder auf Flugsand gebaut sei, und zweifelt über die Antwort, oder sie hält mit

Langenbeck a. a. O. S. 141 ff.

den Grundsatz für unerschüttert durch jenen scharfen Angriff, wohl gar für unerschütterlich. Sollte letztere Vermuthung die richtige sein, dann erregt diese Lage der Sache gerechtes Befremden. Zwar liegt der Gedanke nicht allzufern, man wolle jenen raschen Angriff Hälschners ignoriren, bis derselbe wiederholt, mit neuen Subsidien, in mehr gefährdender und bedrohlicher Form ins Feld rücke, man werde den Gegner, der mit neuer und ganzer Macht die Grenze überschreite, dann um so sicherer fassen und vernichten, bei unzweifelhaftem Siege um so grössere Beute davontragen.

In der That, die Argumente Hälschners, so treffend sie sein mögen, mussten weniger rasch hingeworfen, in grösserer Ausführlichkeit auftreten. Die Unangefochtenheit des Dogma forderte eingänglichere Widerlegung, sollte diese bleibenden Erfolg haben. Es war keineswegs genügend die Frage zu erheben, warum denn nicht Duellanten als „Miturheber", Secundanten als Gehülfen erscheinen, warum nicht hier Anstifter und Angestifteter unterschieden werden könne, und daran zwei kurze Gegenbemerkungen zu knüpfen, je eine gerichtet an die Adresse der Isolirungstheorie Heffters und der Objectstheorie Berners. Freilich mogte es dem Angreifer schwer werden, die Behauptung von der Anwendbarkeit der Theilnahme-Lehre durchzuführen, da er an

den herrschenden Begriffen von Urheberschaft, Miturheberschaft, Komplott festhält, mit den Gegnern d. h. der communis opinio also im Uebrigen auf gleichem Boden steht. Insbesondere der Einwand war für Hälschner schwer zu beseitigen, ob denn auch die Komplotttheorie auf Duellanten, Doppeleheschliesser, Ehebrecher und andere strafbare Concumbenten, Bestecher und Bestochene, und wie dieselbe hier Anwendung leiden solle. Eine gründliche Widerlegung des Dogma vom concursus necessarius durfte so lange entscheidenden Erfolg nicht hoffen, als nicht mit jenen Pseudobegriffen im Vorwege, auch auf dem Gebiet des sogenannten concursus facultativus, definitiv gebrochen war.

Dennoch wird auch so jenes Befremden nicht gehoben. Die herrschende Meinung, einig im wesentlichen Resultat wenn gleich nicht nach allen Richtungen hin, sah offene Spaltung im eignen Lager, sobald es auf die Begründung des Lehrsatzes ankam. Eine Bundesgenossenschaft, deren Glieder von ganz verschiedenen oder gar entgegengesetzten Motiven zur gemeinsamen Action geleitet werden, eine solche trägt die Gefahr der Auflösung im Schosse. Oder sollte vielleicht, wie oben angedeutet wurde, eben hierin die Ursache der Erscheinung zu suchen sein, dass die gemeine Meinung, nur scheinbar in stolzer Sicherheit sich wiegend, dem eingedrungenen Gegner gegenüber in blosser Unthätigkeit verharrt? Auch dies aber ist zur Erklärung nicht ausreichend, denn die unzuverlässigste Alliance pflegt doch so lange zusammenzuhalten, als es gilt einen gemeinsamen Feind über die Grenze zurückzuwerfen.

Doch genug der Schlussbetrachtung über dies dogmengeschichtliche Räthsel. Vielleicht wird es mit manchem anderen sich lösen, wenn uns gelingen sollte, durch einen principiellen Angriff auf die herrschende Lehre von der Theilnahme überhaupt und durch ausführliche Erörterung des sogenannten concursus necessarius die Frage selbst aus einem neuen Gesichtspuncte zu beleuchten und der Lösung näher zu führen.

Zweiter Theil.

Die Lösung der Frage.

Erster Abschnitt.

Die Grundlage der allgemeinen Lehre von der Verbrechermehrheit.

§. 17.

Die contagiöse Macht des Bösen. Die geistige Einwirkung und Rückeinwirkung.

Das zurechnungsfähige Einzelwesen besitzt in seiner Willensfreiheit die Möglichkeit der Wahl zwischen Gutem und Bösem, mit andern Worten die Möglichkeit, seinen Willen den Anforderungen der sittlichen beziehungsweise rechtlichen Ordnung gemäss oder entgegengesetzt zu bestimmen. Zu Ersterem findet es die Mahnung, zu Letzterem aber auch gleichsehr die Versuchung eben in seiner Stellung zu jenen allgemeinen Ordnungen. Diese treten nämlich mit dem Anspruche auf Herrschaft dem Einzelnen als Beherrschten gegenüber; die erstgenannte im „Sittengesetz", in den Anforderungen des Gewissens, die zweitgenannte im Rechtsgesetz, in den Anforderungen der geordneten menschlichen Coexistenz. Bemerkungen, so treffend wie trefflich, über diese beiden Ordnungen s. bei

v. Woringen. Ueber die Grenzen des Einflusses des Sittengesetzes auf das Strafgesetz. Progr. Freiburg 1864.

Eben hierdurch bieten sie ihm steten Anlass zu dem freien Entschlusse entweder des Gehorsams oder des Ungehorsams. So gestaltet sich der Einzelwille, welcher handelnd auf die Aussenwelt einwirkt,

dort zum Träger der höheren Ordnung, selbst von ihr getragen — hier zu deren Gegner und Bekämpfer, selbst von ihr wiederum bekämpft. Je nachdem er den Stimmen Gehör gibt, welche in seinem Innern Gottesfurcht, Menschenliebe, sittliches Bewusstsein, rechtlicher Bürgersinn erheben, oder den Triebfedern folgt, die den Willen in die Richtung des Bösen und Rechtswidrigen lenken und bewegen: Selbstsucht, Eigennutz, Habgier, Missgunst, rohe Sinnlichkeit. Solche und andere Triebe wollen auf der Vorstufe der Willensbestimmung vorerst überwunden sein. Vor allen anderen aber macht Ein Trieb sich geltend, welcher der Menschennatur recht eigentlich innewohnt als deren Erbsündhaftigkeit: die Eigenwilligkeit, schärfer und schöner wohl nirgend gekennzeichnet, als in des Meisters Worten bei Schiller

„— — der widerspänst'ge Geist,
Der gegen Zucht sich frech empöret,
Der Ordnung heilig Band zerreisst.
Denn der ist's, der die Welt zerstöret."

Die Zucht der Ordnung eben ist es, welche zur Auflehnung lockt wider deren Herrschaft. Der Einzelwille, sich sträubend gegen die Bande des allgemeinen Willens, gestaltet sich zum Eigenwillen, indem er als „der Pflichten schwerste" empfindet „zu bändigen den eignen Willen". Aus diesem Keim, wenn derselbe einmal Wurzel getrieben, befruchtet von den übrigen verwandten Trieben, schiesst das Unkraut der bösen That üppig hervor.

Gleichwie nun die Willensbestimmung zum Guten, lohnend durch das Bewusstsein der guten That und Wirkung, zur ferneren gleichartigen Denk- und Handlungsweise den Anreiz in sich trägt, so ist es Erfahrungsthatsache, dass in weitaus höherem Grade — weil unterstützt durch jene der Zucht widerstrebende Eigenwilligkeit — der böse Gedanke und Entschlus seine „fortzeugende" Kraft entwickelt. Zunächst in dem Thäter selbst, und zwar mit umsomehr zwingender Gewalt, als die Schuld verdeckt werden muss, soll sie nicht die nachtheiligen Folgen herbeiführen, welche wider Willen des Handelnden einzutreten drohen. So zeugt die fortwirkende Macht des Bösen — zwar auch die Gewohnheit, aber keineswegs diese allein oder vorwiegend — in dem Einzelwesen Schuld aus Schuld bei steter Steigerung des bösen Willens. Wir nennen ebendarum diese Macht des Bösen, welche auf innerem organischen Process beruht, die fortzeugende. Immerhin aber beschränkt sich die Wirkung noch auf das Gebiet des Einzelwesens als solchen.

Der böse Wille, einmal äusserlich erkennbar hervorgetreten, besitzt

aber zugleich eine fernere innere Kraft. Nämlich die, in anderen Einzelwesen, soweit irgend empfänglicher Boden sich vorfindet, die ähnliche böse Willensbestimmung beziehungsweise zu erzeugen oder zu stärken. Diese Macht des Bösen nenne ich die contagiöse, die Ansteckungskraft im eigentlichen engeren Verstande. Auch dies ist Erfahrungsthatsache, sprichwörtlich, aber nach oberflächlicher Betrachtung, bezeichnet als die verderbende Gewalt des bösen Beispiels. Doch bedarf die Thatsache nunmehr der inneren Begründung.

Damit der böse Wille des A seine ansteckende Wirkung übe, muss demselben im Geiste des B ein empfangendes weil empfängliches Organ entgegenkommen. Ich finde dieses Organ in dem Gemeinsamkeits- oder Uebereinstimmungstriebe, der jedem Einzelwesen als solchem innewohnt. Das Bewusstsein der Unselbständigkeit und der Zusammengehörigkeit mit Anderen erweckt ein Bedürfniss des Anhalts, und dieses wiederum den Drang nach Uebereinstimmung, nach Gemeinsamkeit als Befriedigung des Bedürfnisses; das eine wie das andere findet sich wie im A so im B, ist also gegenseitig. Ersterer befriedigt das Bedürfniss durch Mittheilung des bösen Willens, der in ihm sich gestaltet hat, an den B, und bringt so letzterem die Möglichkeit und Wirklichkeit des bösen Gedankens zum Bewusstsein. Getrieben von gleichem Bedürfniss der Uebereinstimmung oder Gemeinsamkeit, fasst sodann B, welcher an den bösen Gedanken durch dessen Kunde sich gewöhnt, vom Baum der Erkenntniss gekostet hat, eine ähnliche Willensbestimmung. So vollzieht sich die contagiöse Einwirkung des Bösen, die wir mehr objectiv aufgefasst als Versuchung, rein subjectiv gedacht als Verführung zu bezeichnen pflegen.

Erfolgt nun von Seiten des B eine Rückgabe des bösen Gedankens, dann entsteht ferner durch diesen Austausch im A das Bewusstsein der Uebereinstimmung im Bösen als einer Wirklichkeit, indem die Empfänglichkeit des B und deren Wirkung in dem Geiste des B ihm entgegengetreten ist. Ein Bewusstsein, welches ohne Rückeinwirkung auf den A nicht bleiben wird, sondern dessen eignen bösen Willen naturgemäss um ebensoviel steigert, als der Widerstand des B, geäussert durch Ablehnung, Abweisung oder jeden andern Ausdruck der Nichtübereinstimmung, denselben würde geschwächt und herabgestimmt haben. Wer diese Steigerung des Bösen durch Rückeinwirkung unbeachtet lässt — und ich finde dieselbe nirgend in gebührender Weise beachtet — der begeht den Fehler, mitten im psychologischen Processe stehen zu bleiben, statt denselben bis zum Abschluss zu verfolgen.

Somit ruht die contagiöse Kraft des Bösen — wie des Guten, wollte man hier von Ansteckung reden — recht eigentlich in erster Linie auf dem Bedürfnisse nach Uebereinstimmung, Gemeinsamkeit, in zweiter auf der Macht des bei dessen Befriedigung erlangten Uebereinstimmungs-Bewusstseins. Dieses aber hat im Gefolge eine Vereinigung der geistigen Kräfte einer Mehrheit von Individuen, und eben dadurch endlich auch Kraftsteigerung in jedem der nunmehr vereinigten Willen. Denn die befruchtende Bewegung jener Macht oder Kraft erfolgt im Processe der geistigen Einwirkung und Rückeinwirkung, von denen die erstere in dem Uebereinstimmungsbedürfnisse des B, die letztere theils in ebendemselben Triebe theils in dem ursprünglich gefassten bösen Gedanken des A ein empfängliches Erdreich vorfindet.

Also eine Bewegung in Einkehr und Rückeinkehr desselben bösen Gedankens — bei letzterer bereits beladen mit der im fremden Geiste erlangten Ausbeute — eine solche Bewegung war es, wodurch der Gedanke an Macht und Kraft gewann. Denn nunmehr besteht derselbe in dem a + b + der Uebereinstimmung zwischen a und b, mit andern Worten in dem bösen Willen des A + dem bösen Willen des B + der Uebereinstimmung zwischen beiden. Das aus sich herausgegangene Böse ist intensiv und extensiv gesteigert, also kräftiger, mächtiger in sich zurückgekehrt.

§. 18.

Die sittliche und rechtliche Schuld.

Dass er seine Willkür zur wahren Freiheit erhebe, indem er das Gute und nur das Gute wolle und bethätige und so der allgemeinen Ordnung sich unterordne, mit dieser Anforderung steht das Ethos dem Einzelnen gegenüber. Negativ gefasst lautet das Gebot: Wolle nicht das Böse, widersetze dich nicht der sittlichen Ordnung. Da aber die natürliche wie sittliche Ordnung der Dinge jeden Einzelmenschen auf das Zusammenleben und Zusammenwirken mit Anderen hinweist, findet das negative Gebot erst darin seinen vollen Inhalt, dass wir es in Einzelforderungen auflösen, welche theils das Einzeldasein, theils die Coexistenz der Menschen angehen.

Die erste ethische Anforderung: sich selbst zum Bösen, zum Widerstreit gegen die Sittenordnung nicht zu bestimmen — ist begleitet von der zweiten: die Willkür des Mitmenschen zur Bestimmung für das Böse nicht anzuregen, mit andern Worten der Verführung und Verleitung in dieser Richtung sich zu enthalten. Für den Fall aber, dass A

dieses Gebot dem B gegenüber sollte übertreten haben, schliesst sich unmittelbar daran die dritte an den B gerichtete: für jene Anregung zum Bösen sich unempfänglich zu erweisen, also die böse Anregung des A abzulehnen, und ebendadurch in dem Anreger oder Verführer selbst zu ersticken oder doch zu schwächen, nicht aber zu stärken. Denn Letzteres ist die unvermeidliche Wirkung (und Absicht) der bewiesenen Empfänglichkeit für die böse Anregung, also der rückwirkenden Uebereinstimmung im bösen Willen (s. vor. §.).

Missachtung dieser ethischen Anforderungen erzeugt für den Uebertreter Verantwortung, und gestaltet sich so zur sittlichen Schuld. Oder wollte Jemand zweifeln, dass Jeder vor dem Richterstuhl der Sittlichkeit Rede zu stehen hat nicht blos wegen böser Selbstbestimmung, sondern auch wegen böser Einwirkung auf den Anderen, die zu dessen böser Selbstbestimmung Anstoss und Anregung geliefert hat? Vielmehr trifft ihn die doppelte Verantwortung, einmal für die eigne Selbstbestimmung, sodann für die Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung auf Bewusstsein und Willen des Anderen. Durch Jedes von Beiden hat er die Summe des wirklich gewordenen Bösen in der Welt vergrössert, durch Jedes von Beiden sich mit sittlicher Schuld belastet. Wie diese Erkenntniss bereits in unseren Rechtsquellen angedeutet, in den Schriften der italischen Praktiker ausgesprochen ist, das wird im weiteren Verfolge sich zeigen. Mögen immerhin die Folgerungen, welche jene wie diese daraus gezogen, ganz oder theilweise unhaltbar sein.

Schon hier aber müssen wir einer Auffassung entgegentreten, die, ganz dazu angethan, die wahre Gestalt unsres Ausgangspunctes zu verdecken, dessen sittliches Wesen zu verleugnen, dennoch eben bei neueren Criminalisten auftritt und nur allzuviel Beifall findet. Ich meine die Auffassung, welche Benutzung blosser „Naturkräfte" mit Verwendung anderer Menschen von Seiten des handelnden Subjects zusammenstellt, wenn auch nicht geradezu die eine der anderen gleichstellt.

S. u. A. Köstlin, N. Revis. §§. 130. 134. 135.
Ders. im System. §. 92. Vgl. auch Hälschner, Syst. §. 83.

Zuvörderst ist dieser Gesichtspunct sittlich verwerflich, um nicht zu sagen unwürdig. Wer auf den andern einen Stein wirft oder einen Hund hetzt, der bedient sich für seine That des unfreien Werkzeugs, ohne dadurch die Summe des Bösen in der sittlichen Welt zu vergrössern; der Stein, der Hund sind lediglich Mittel der Begehung einer bösen That. Ganz anders, wenn zu gleichem Zweck die böse Gesinnung in dem Mitmenschen angeregt und dadurch deren Verbreitung

auf andere Subjecte bewirkt wird. Sodann ist derselbe folgewidrig. Denn er verwischt die Grenze zwischen der willenlosen Mitwirkung eines Individuums z. B. des Blödsinnigen, Bewusstlosen, überhaupt Unzurechnungsfähigen, als eines zum Mittel oder Werkzeuge herabgewürdigten menschlichen Wesens einerseits, und der geistigen Einwirkung auf einen Zurechnungsfähigen als Gehülfen, Angestifteten andrerseits, indem er auch den Letzteren zum Mittel stempelt. Endlich hat eben dieser Gesichtspunct vor Allem dazu beigetragen die Begriffe zu verwirren, eine reiflichere Erwägung des eigentlichen Ausgangspunctes unserer Lehre in den Hintergrund zu drängen und so zu ewigem Dunkel zu verdammen. Wer einen Menschen zum Morde dingt, der wirkt das Böse in dessen Geiste, und wird wiederum im Bösen bestärkt durch dessen Sichdingenlassen. Beides fehlt in dem Fall, wo Jemand den Fleischerhund auf sein Opfer gehetzt hat, und damit das Wesentliche: die Einwirkung von Geist zu Geist. Brauche ich noch hinzuzufügen, dass der Angestiftete zum Verbrechen sich selbst bestimmt, wenn gleich in Anlass fremder Anregung? Vgl. darüber unten §. 42. —

Wann aber und wodurch gestaltet sich jene sittliche Schuld — ich meine die Schuld der geistigen Einwirkung auf den eignen und fremden Geist, welche oben bezeichnet wurde — zur rechtlichen, das Böse zum Verbrechen, die Verantwortung zur Strafwürdigkeit? Oder mit Einem Wort: Wann betritt jene sittliche Schuld das Rechtsgebiet? Natürlich dann, wenn das Böse zugleich die Kennzeichen des Rechtswidrigen an sich trägt, die böse Einwirkung und Rückeinwirkung also nicht blos als solche, sondern zugleich als Anregung zur rechtswidrigen Willensrichtung sich darstellt. Dies aber ist der Fall, wo

1. der Wille der Betheiligten eine Missachtung der Gebote der Rechtsordnung enthält, und damit eine Entgegensetzung wider die Rechtsordnung selbst. Dadurch gestaltet der böse Wille sich zur verbrecherischen Willensrichtung.

Die heutzutage herrschende Auffassung des Verbrechens, wonach dasselbe stets die Rechtsordnung und nur diese zum juristischen wenn gleich dem Anschein nach mittelbaren Gegenstande hat, gegen diese als solche gerichtet ist — eine Auffassung, die zu allen Zeiten mehr oder weniger klar empfunden, und nur vorübergehend durch die irreleitende Theorie von der „subjectiven Rechtsverletzung" verdunkelt wurde — erleichtert uns diesen Theil der Ausführung. Dennoch darf auch hier eine mangelhafte Ausdrucksweise ungerügt nicht bleiben; umsomehr als die wissenschaftliche Erfahrung überall zeigt, wie halbwahre Bezeichnungen stets halbwahre, ja nur allzuleicht ganz falsche Vor-

stellungen erzeugen. Alle mir bekannten Lehr- und Handbücher systematisiren die Verbrechen und Vergehen als solche, die „gegen das Leben, den Leib, die Freiheit, das Vermögen“ u. s. f. gerichtet sind. Da nun jedes Verbrechen seinem Wesen nach eben gegen die Rechtsordnung abzielt, so entsteht schon durch Anfügung dieses meist verschwiegenen aber nothwendig gedachten Zusatzes die sprach- und denkwidrige Fassung: der Mord ist ein Verbrechen gegen das Leben, gegen die Rechtsordnung! Was nützt es, diesen Widersinn durch Unterscheidung von praktischem und juristischem, unmittelbarem und mittelbarem Object erträglicher aber nicht wieder gut zu machen. Der ewig gleiche Gegenstand des Verbrechens ist die Rechtsordnung, lediglich gegen diese wird es begangen. Aber freilich: an dem Leben, an der leiblichen Integrität, an der Freiheit u. s. f. der Rechtsgenossen. Denn diese zunächst betroffenen Güter sind die Durchgangspuncte des verbrecherischen Handelns, nicht deren eigentliches endliches Object. (S. oben §. 14.) Es ist also z. B. der Mord ein Verbrechen an dem Leben eines Mitmenschen verübt gegen die Rechtsordnung — welchen Zusatz man dann immerhin verschweigen mag, weil er, das Wesen des Verbrechens im Allgemeinen bezeichnend, überall derselbe sein müsste. Man bemühe sich in den Systemen des Strafrechts jener Ausdrucksweise zu folgen, die mit logischer Richtigkeit grössere sprachliche Klarheit verbindet, und vielleicht einer Wiederkehr der Rechtsverletzungstheorie am Sichersten vorbeugt.

Verbrecherisch ist der Wille des Einzelnen, und demnach auch dessen geistige Einwirkung auf den Anderen, wenn dasjenige Gut, welches von der Handlung d. h. der Aeusserung des Willens in der Aussenwelt und von deren Wirkung in schuldhafter Weise betroffen wird, des strafgesetzlichen Schutzes geniesst, die Begehung jener Handlung also mit Strafe bedroht ist (nullum crimen sine poena legali). Denn die öffentliche Strafe, als die nothwendige unwillkürliche Reaction der Rechtsordnung wider den oppositionellen Einzelwillen — gewissermassen der Rückschlag, welchen die Elasticität und Lebenskraft der Rechtsordnung wider Angriff und Angreifer naturgemäss äussern muss, um ihr freies Gebiet wiederzugewinnen — kennzeichnet die damit bedrohte Handlung als nicht blos unerlaubte, sondern im weiteren Sinn verbrecherische.

2. Das Substrat jenes (Mehreren gemeinsamen) verbrecherischen Willens muss sodann äusserlich erkennbar hervorgetreten, eine entsprechende Veränderung in der Aussenwelt bereits erfolgt sein.

Erst dadurch hat der Wille des Einzelnen oder der Mehrheit die Sphäre des blossen Gedankens und Gedankenaustausches überschritten, das Gebiet der Rechtsordnung betreten. Zwar mag hinter ihm die Brücke noch nicht abgebrochen, ein strafloser Rücktritt also noch möglich sein — die vom Recht gezogene Grenzlinie war bereits überschritten. Wir haben dabei natürlich dolose Verbrechen — von denen hier zunächst die Rede — und das Stadium des sogenannten unbeendigten Versuchs als betreten im Auge.

Liegen diese Erfordernisse vor, dann hat zugleich die Schuld an der Erweckung beziehungsweise Stärkung des verbrecherischen Willens im Mitbetheiligten aus einer lediglich sittlichen zur rechtlichen Schuld sich gestaltet. Und eben die Zurechnung dieser zum Verbrechen, sowie deren Berücksichtigung bei Zumessung der verdienten Strafe, bildet den Ausgangspunct und die Grundlage der Zurechnung überhaupt im Falle der Verbrechermehrheit.

Dies vorausgeschickt, können wir schon hier das allgemeine Ergebniss so feststellen: Jedem Mitverbrecher kann und muss ausser seinem isolirten Antheil (wovon später) auch derjenige Antheil am verbrecherischen Erfolge zum Verbrechen und zur Strafe angerechnet werden, den er durch geistige Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung seines verbrecherischen Willens auf den Willen des Anderen als eigne rechtliche Schuld (Mitschuld) auf sich geladen hat.

Ein einfaches Beispiel, hergenommen vom Verhältniss zwischen dem Thäter und angestifteten Helfer mag an diesem Ort genügen. Der A, welcher im benachbarten Walde stehendes Holz stehlen will, hat unter Mittheilung dieses Vorhabens seinen Bruder den B überredet, während der That am Eingange des Waldes Wache zu halten. Die That ist demgemäss ausgeführt oder begonnen worden. Hier trifft Jeden von Beiden zuvörderst die Zurechnung seines isolirten Antheils an dem vollendeten beziehungsweise versuchten Vergehen. Ausserdem aber wird dem A zugerechnet seine anstiftende Einwirkung auf Willen und Handlung des B, dem B dagegen die Rückeinwirkung auf den Thäterwillen im A und dessen That, dadurch vollzogen, dass er (B) sich zu jener Hülfe hat anstiften lassen — ein Erfolg der Bestrebungen des A, welcher diesen in der eignen verbrecherischen Willensrichtung und That bestärken musste und unleugbar bestärkt hat.

Verhältniss der Quellen zu dieser Grundlage.

§. 19.

I. Das römische Recht.

Hoffentlich wird man vorstehender Theorie — deren Ausbau dem zweiten Abschnitt vorbehalten bleiben muss — weder Folgerichtigkeit noch sittliche Wahrheit absprechen. Aber ist die Anschauung, welche ihre Grundlage bildet, auch die des positiven Rechts?

Ich behaupte dies. Bei der Beweisführung aber erzwingt einerseits die specielle Aufgabe dieser Schrift eine Beschränkung, andrerseits die Beschaffenheit unsrer älteren Quellen eine Erweiterung des Stoffs.

Das Quellenmaterial für die gesammte Lehre von der Theilnahme ist namentlich im römischen und im deutschen Recht der jüngsten vier Jahrhunderte so umfassend, dass eine sichtende Auswahl schlechterdings geboten erschien, wollte nicht gegenwärtige Schrift zu einer „Geschichte der Verbrecherconcurrenz" anschwellen, die Bände füllen würde. Bei der somit gebotenen Sichtung waren zwei Momente die leitenden. Einmal das in den §§. 17 und 18 vorangestellte Princip aufzuweisen und zu verfolgen, vorwiegend also das allein aufzunehmen, was Ausflüsse oder nur Andeutungen dieser Grundlage zu bieten schien. Sodann aber auch diejenigen Quellenzeugnisse damit zu verflechten — und in der That war eine Trennung dieser Stellen von jenen kaum ausführbar — deren Inhalt für den weiteren Ausbau der Grundlage (s. den zweiten Abschnitt gegenwärtigen Theils), insbesondre für die Quellenmässigkeit der einfachen Grundbegriffe: a. Thäter beziehungsweise Mitthäter, b. betheiligte Nichtthäter: Anstifter und Helfer, im Vorwege genügenden Nachweis lieferte.

Erweitert aber wird der Tummelplatz unserer Beweisführung durch eine Eigenthümlichkeit der älteren Rechtsquellen, zu deren Kennzeichnung ein orientirendes Vorwort genügen mag. Die Quellen unsres positiven Rechts — zu denen ich die Wissenschaft als solche nicht zähle — vermeiden es bekanntlich, und je älter desto mehr, der logischen und ethischen Ausgangspuncte ihrer Normen ex professo Erwähnung zu thun. Die Ursachen dieser Erscheinung bedürfen der Erörterung nicht. Genug, dass man jene Ausgangspuncte zwischen den Zeilen suchen muss — eine der Hauptaufgaben der rechtsgeschichtlichen Quellenforschung. Doch haben dieser Forschung gegenüber die Quellen

des Alterthums und Mittelalters einerseits, und die der jüngsten Vergangenheit andrerseits nach ihrem verschiedenen Character auch eine verschiedene Stellung. Jene verfolgen die mehr praktische als systematisirende Richtung. Sie sprechen aus, meist im Anschluss an Einzelfälle und Einzelfragen, hervorgerufen durch augenblickliches Bedürfniss des Rechtslebens, was auszusprechen eben Noth thut, weil es zweifelhaft oder bestritten ist, also vorwiegend neue Ergebnisse. Was als anerkannt, als unzweifelhaft bereits feststeht, sei es besondere Norm oder allgemeines Princip, das berührt der rechtserzeugende Factor nicht ex professo, es schimmert nur unwillkürlich oder gar verhüllt aus dem Ausspruche hervor. Ebendarum finden wir die für uns wichtigsten Ergebnisse — und das sind doch unleugbar die leitenden Grundsätze — durchgängig nur in gelegentlichen Andeutungen. Vorwurf und Inhalt der Stelle ist das für sie Wichtige, nicht das für uns d. h. unsre Forschung ungleich Wichtigere. Dies wird als selbstverständlich unerwähnt gelassen oder nur andeutungsweise berührt, wo es sich selbst aufdringt oder für den speciellen Zweck erforderlich scheint. So sind wir in die Lage versetzt, bei unsrer Forschung aus dem positiven Detail die grossen Grundzüge mühsam herausschälen zu müssen. — Ganz anders die Gesetzbücher der jüngsten Vergangenheit. Diese streben bewusst und ihrer Aufgabe gemäss nach systematisirender Vollständigkeit. Gewitzigt aber durch die Erfahrung, dass eine wissenschaftliche begriffliche Fassung üble Folgen hervorgerufen hat, gerathen sie bei Vermeidung der Scylla in die Charybdis, indem sie rücksichtlich der allgemeinen Grundsätze einer lakonischen Kürze sich befleissigen, die oft der Lückenhaftigkeit nur allzu ähnlich erscheint. So berauben sie die Wissenschaft, ja auch die Praxis jener vom Alterthum dargebotenen Fundgrube: der gelegentlichen gleichsam unbewussten und nur um so verlässlicheren Andeutung von Principien.

Kein Wunder daher, wenn die Schuld der geistigen Einwirkung unter Mitverbrechern in den Quellen nur sporadisch auftritt, und wenn die Wissenschaft dieses Gold im Flugsande nicht immer entdeckt hat. Erwarten durften wir solche Spuren in den Canonischen Quellen, deren so zu sagen peccatorische Richtung auch der sittlichen Schuld und Mitschuld vorwiegend gerecht werden musste. Doch fehlte es keineswegs daran

I. im Römischen Recht.

Beginnen wir mit einer Stelle des Codex, umsomehr als dieselbe von einem Verbrechen handelt, das unter den Schulbeispielen der sog.

nothwendigen Theilnahme am Verbrechen seine Rolle spielt, und zwar m. E. sogar eine typische Rolle, nämlich von der Bestechung.

L. 2. C. de poena judicis, qui male judicavit etc. 7, 49.

Imp. Constantinus A. ad Felicem. — De eo, qui pretio depravatus aut gratia perperam judicaverit, ei vindicta, quem laeserit, non solum existimationis (al. aestimationis) dispendii, sed etiam litis discriminis praebeatur. — Data etc. (319).

Entnommen ist die Stelle den Schlussworten der L. 3. C. Th. de offic. rect. provinc. 1, 16., woselbst dem Praeses provinciae Corsicae Felix auf dessen Bericht hin die Belohnung treuer, die Bestrafung untreuer oder nachlässiger Richter verheissen wird. Beachtenswerth ist ferner für den Zusammenhang mit dem Canonischen Recht, dass unsre const. 2. C. in die (noch ungedruckte)

Collectio canonum Anselmo dedicata. P. VII. c. 84.

Aufnahme gefunden hat.

Vom bestochenen Richter wird gesagt, er sei „pretio depravatus," welches Wort deutlich genug die entsittlichende geistige Einwirkung kennzeichnet, welche der Bestecher auf die Seele des Richters ausübt. Denn die Synonymik lehrt uns, dass, während malus (opp. bonus) die angeborne Bösartigkeit des Characters, die natürliche Hinneigung zum Bösen ausdrückt, pravus (opp. probus), pravitas dagegen — von παρὰ, vgl. auch die usuraria pravitas — die verkehrte bald nur unsittliche bald zugleich rechtswidrige Richtung bezeichnet, welche die Seele ex postfacto erhalten hat, sei es durch unabhängige Selbstbestimmung und Gewöhnung sei es durch geistige Einwirkung Andrer. Vgl. das „arbitrium pravum" des Schiedsrichters in

L. 79. D. pro socio. 17, 2.

und

Seneca, De ira. II. 31. verb. „puniendum esse, cuicunque pravum maleficumque ingenium sit".

Um so deutlicher ist dieser Begriff und dessen Genesis ausgedrückt in der depravatio sc. animi, von welcher auch bei Cicero und Anderen häufig die Rede ist, und in dem depravari.

Die Glossa zur L. 2. C. cit. begnügt sich — abgesehen von der Bemerkung: „Superior lex (l. 1. h. t.) de corrumpente, haec de judice corrupto dicit" — mit Verweisung auf zwei Parallelstellen, nämlich die

L. 7. C. quando provocare etc. 7, 64.,

welche ausspricht „venales sententias, quae in mercedem a corruptis judicibus proferuntur — infirmas esse",

also lediglich die Wirkung (corruptio) nennt, nicht deren Ursache (depravatio animi), und die

L. 15. D. de judiciis. 1, 5.,

deren §. 1. „Judex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur"

die durch Bestechung verderbte Gesinnung drastisch durch „sordes" bezeichnet.

Dasselbe Bild begegnet uns vielfach in den Digesten:

cff. L. 26. §. 4. D. ex quib. caus. maj. 4, 6.
L. 3. §. 1. L. 9. §. 3. D. de recept. 4, 8.
L. 51. pr. D. de evictión. 21, 2.
L. 7. §. 2. D. de administr. tut. 26, 7.
L. 3. §. 5. D. de susp. tutor. 26, 10.
L. 6. §. 2. D. de lege Jul. repetund. 48, 11.

Immer dieselbe Zusammenstellung von sordes und corrumpi, corruptio, welche auch bei nichtjuristischen Schriftstellern sich findet, bei Sidonius sogar zur „conscientia sordidatissima" sich steigert.

Anderswo treten unsre Quellen der Vorstellung des contagium, der geistigen Ansteckung, noch näher, wenn sie das Bild der Seuche und des Fleckens an der Seele zu Hülfe ziehen, um den Erfolg der geistigen Einwirkung zu bezeichnen.

L. 9. C. de maleficis. 9, 18:

(wörtlich geschöpft aus der L. 11. C. Th. h. t. 9, 16)

Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius etc. Quicunque maleficiorum labe pollutum audierit, deprehenderit, occupaverit, illico ad publicum protrahat, et judiciorum oculis communis hostem salutis ostendat. Quodsi quisquam ex agitatoribus — — — reum maleficae artis oppresserit, ultimum supplicium non evadat, geminae suspicionis obnoxius, quod aut publicum reum, ne facinoris socios publicaret, severitati legum — subtraxerit etc. (389).

Wie hier die Entweihung der reinen Seele durch Mittheilung des Befleckungsstoffes („labe polluere"), so wird in

L. 7. C. ejusd. tit. cf. L. 6. C. Th. eod.

mit ähnlichem Bilde die Verderbung der gesunden Natur durch contagiöse Gewöhnung hervorgehoben in den Worten:

„si quis magus vel magicis contaminibus (al. contaminationibus) assuetus"

und umgekehrt in

L. 3. C. h. t.

auch der mit Strafe der Deportation und Vermögensconfiscation bedroht

„qui eum (sc. magum) evocaverit suasionibus vel praemiis."

Ist gleich die Lesart evocaverit nicht völlig sicher, indem einige Handschriften namentlich advocaverit und gar revocaverit zeigen, so stimmt sie doch sowohl mit dem C. Theod. als mit dem älteren Sprachgebrauch bei Cicero u. A. überein. Bedeutungsvoll aber ist eben dieses evocare, indem es die Profanirung des geweihten Orts (evocare sacra) und demgemäss die Hervorrufung des bösen Gedankens bezeichnet.

Wer könnte ferner in den Worten der

L. 1. C. de natural. lib. 5, 27.

cf. L. 3. C. Th. de natural. fil. 4, 6.

„ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum — — tormentis subjici jubemus"

den gleichen bildlich ausgedrückten Sinn verkennen?

In der That sind die Gesetzbücher Justinians und seines Vorgängers, gleichwie die Werke der prudentes, überaus reichhaltig an stets wiederkehrenden Wendungen, die in der geistigen Einwirkung zum Bösen, in der Erweckung und Stärkung des rechtswidrigen Gedankens, den eigentlichen Angelpunct der Zurechnung bei Mitverbrechern suchen und finden. Man vgl. vor der Hand nur das: Sollicitare, hortari, impellere, perpellere, instigare, instruere, subornare, submittere, corrumpere, inducere und seducere in folgender Auswahl von Stellen, die um viele vermehrt werden könnten:

L. 50. D. de pactis. 2, 14.

L. 11. §. 2. L. 14. §. 9. D. de servo corrupto. 11, 3.

L. 3. §. 5. D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

L. 50. §. 3. D. de furtis. 47, 2.

L. 1. pr. („instinctu alicujus"). L. 5. D. de extraord. crim. 47, 11.

L. 6. pr. D. de leg. Fab. 48, 15.

L. 3. i. f. C. ad leg. Jul. majest. 9, 8.

L. 2. C. de fugit. col. 11, 63.

L. 17. C. de curs. publ. 12, 51.

Vor Allem aber ist für den Standpunct Justinians bezeichnend die Motivirung der bekannten in

L. 20. C. de furtis. 6, 2.

cf. §. 8. J. de obl. quae ex del. 4, 1.

getroffenen Entscheidung einer Juristencontroverse, welche uns in folgenden Stellen des älteren Rechts einigermassen vollständig entgegentritt:

Gaj. Inst. III. §. 198.

L. 46. §. 8. (Ulpianus) L. 91. (Paulus) D. de furtis. 47, 2.

Titius hat den Sclaven des Maevius anzustiften gesucht („sollicitavit") seinem Herrn gewisse Sachen zu entwenden und ihm, dem Titius, zuzutragen. Der getreue Sclave hinterbringt das seinem Herrn, und dieser, um den Titius auf der That zu erwischen, gestattet dem Sclaven die Sachen dem Titius zu bringen. Gajus, übereinstimmend mit der gemeinen Meinung, spricht dem Maevius sowohl die actio furti als die actio servi corrupti ab, erstere weil eine contrectatio rei invito domino nicht vorliege, letztere „quod deterior servus factus non est".

Gegen Beides liess Zweifel sich erheben. Gegen Ersteres unter Anderem deshalb, weil dem dominus nicht in den Sinn gekommen war sein Eigenthum aufzugeben, er vielmehr lediglich zum Zweck der Ertappung die augenblickliche Innehabung der Sache an den Titius gelangen liess, und weil das contrectare nicht bloss das apprehendere, auferre, surripere, sondern jegliches wissentliche tractare rem alienam cum suis rebus befasst

S. Meine Abh. über s. g. Funddiebstahl und Unterschlagung im Arch. für prakt. Rechtswiss. N. F. Bd. 2. (1865). S. 346.

Gegen Letzteres, weil doch von Seiten des Titius die Verführungshandlung vollständig abgeschlossen war und zwar für das Bewusstsein des Verführers mit vollkommnem Erfolge — Thatumstände, die nach römischer Auffassung (s. unten), wenigstens bei schwereren Verbrechen, für die Strafbarkeit ausreichend erscheinen konnten, indem Beides vorlag: voluntas (consilium) und maleficium, und diese Erfordernisse auch ohne exitus, effectus, eventus (Ausgang, Wirkung, Erfolg) zu genügen pflegten.

Justinian entscheidet nun wirklich in der

L. 20. C. cit. v. J. 530 (eine der Decisiones),

dass beide Klagen dem Maevius zustehen. Ob mit oder ohne Fug — uns kommt es hier lediglich auf die Motivirung an.

— Licet enim servus minime deterior factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est: et quemadmodum ipse — furti actione propter dolum suum tenetur, ita et servi corrupti contra

eum actio propter suum vitium non abs re extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita, tanquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, hoc facere pertentet.

Also: der Corruptionsversuch ist „eingeleitet", erkennbar hervorgetreten, in die Aussenwelt „eingeführt". Die probitas animi war nach der durch die Umstände bestätigten Ueberzeugung des Titius in pravitas verwandelt, die depravatio animi zwar nicht wirklich aber für den depravator beabsichtigt und gelungen.

Ebenso, nur kürzer, lautet die Motivirung im

§. 8. I. cit.,

wo indess die Schlussworte so gefasst sind, dass nicht blos der Titius, sondern Alle von solcher Anstiftung abgeschreckt werden sollen:

ne — — et in alium servum, qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.

Immer ist es die deterioratio animi, auf welche das Gewicht gelegt wird, bald nur andeutungsweise bald mit dürren Worten. So in der Hauptstelle

L. 1. §§. 3—5. D. de servo corrupto. 11, 3. (Ulpian.)

§. 3. Persuadere autem est plus, quam compelli atque cogi sibi parere; sed — — et bonum consilium quis dando potest suadere et malum; et ideo Praetor adjecit: dolo malo, quo eum deteriorem faceret (cf. Edictum in §. 1. h. l.); neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. Qui igitur servum sollicitat ad aliquid vel faciendum vel cogitandum improbe, hic videtur hoc Edicto notari.

§. 4. Sed utrum ita demum tenetur, si bonae frugi servum perpulit ad delinquendum, an vero et si malum hortatus est, vel malo monstravit quemadmodum faceret? Et est verius, etiam si malo monstravit in quem modum delinqueret, teneri eum; imo et si erat servus omnino fugiturus vel furtum facturus, hic vero laudator hujus propositi exstitit, tenetur; non enim oportet laudando augeri malitiam. Sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriorem, corrupisse videbitur.

§. 5. Is quoque deteriorem facit, qui servo persuadet, ut injuriam faceret vel furtum, vel fugeret, vel alienum servum ut sollicitaret, etc.

Cf. L. 4. C. de furt. et servo corr. 6, 2:

Adversus eum —, quem servum tuum sollicitasse dicis, si eum deterioris animi fecit etc.

Man beachte in den hervorgehobenen Worten, wie die Zurechnung der bösen Einwirkung hindurchgeführt wird von der Anstiftung des alias non facturus zur Bestärkung des alias facturus, ja zur mittelbaren Anstiftung (verb: servo persuadet, alienum servum ut sollicitaret), und wie deutlich im „non oportet augeri malitiam" — wenn es gleich zunächst nur die Deterioration des schlechtgearteten (malus) Sclaven bezeichnet — die allgemeine Depravation der verbrecherischen Einwirkung und der Erfolg anklingt, den wir oben (§. 18) die Vergrösserung der Summe des Bösen nannten.

Während bereits Azo im Anschluss an den §. 4 vorstehenden Fragments dessen Grundzüge der Theorie vom alias facturus vel non facturus näher ausführt, beschränkt sich die Accursische Glosse ad h. tit. auf eine kurze aber treffende Bemerkung:

Dictum est supra ad leg. Aquil. de damno dato in rebus nostris inanimatis et in corpore nostrorum servorum: nunc de damno dato in animis eorum, et ita factis vitiosis,

und zu den Worten des §. 3. cit. „et malum" sc. consilium auf Anführung der

L. 47. pr. D. de reg. jur. 50, 17: Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.

Aber auch die geistige Einwirkung durch Hülfe jeglicher Art, sowie die gegenseitige Bestärkung im verbrecherischen Entschluss, fällt unter denselben Gesichtspunct.

L. 36. §§. 2. 3. D. de furt. 47, 2. (Ulpian.)

§. 2. Idem Pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit; quod et Sabinus significat.

§. 3. Si duo servi invicem sibi persuaserunt, et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est. Quid ergo si invicem se celaverunt? fieri enim potest, ut invicem fures sint. Et potest dici alterum alterius furem esse, quemadmodum si alii singulos surripuissent, tenerentur, quasi alter alterius nomine opem tulissent, quemadmodum rerum quoque nomine teneri eos furti Sabinus scripsit.

Ein Zeugniss der mittleren Kaiserzeit vernehmen wir aus einer Stelle, welche, wenn gleich kurz und in unmittelbar praktischer Richt-

ung, den Anstifter (mandator) dem reus principalis gegenüberstellt, der zur Ehrverletzung sich hat anstiften lassen.

L. 5. C. de accusat. 9, 2.

Imp. Gordianus A. Paulino. — Non ideo minus crimine seu atrocium injuriarum judicio tenetur is, qui in justam accusationem incidit, quod dicat, alium se hujus facti mandatorem habuisse. Namque hoc casu praeter principalem reum mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est. (241).

Der Injuriant ist und bleibt Thäter, reus principalis, ob angestiftet oder nicht; der Anstifter haftet als solcher; die Vorstellung von einer „Miturheberschaft" ist geradezu ausgeschlossen. Und nichts Anderes lehrt im Grundsatz die casuistische

L. 11. §§. 3—6. D. de injur. 47, 10. (Ulpian.)

§. 3. Si mandato meo facta sit alicui injuria, plerique ajunt, tam me qui mandavi quam eum qui suscepit injuriarum teneri. §. 4. Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut injuriam facias, cum utroque nostrum injuriarum agi posse, quia mea opera facta sit injuria. §. 5. Idemque ait, et si filio meo mandavero, ut tibi injuriam faciat. §. 6. Atilicinus autem ait, et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi.

Hier beachte man den Fortgang des Gedankens vom allgemeinen „dolo facere vel curare ut injuria fiat" im Princ. des Fragments zu dessen Auflösung in ein conducere aliquem ut etc. (Lohndingung), mandare (jubere) alicui ut etc. (Geheiss, Befehl), persuadere alias nolenti, ut obediret (anstiftende Ueberredung, die den Angestifteten sich geistig dienstbar macht).

Zu Letzterem bemerkt, die geistige Hülfe mit der Anstiftung m. a. W. die Stärkung mit der Erweckung des verbrecherischen Gedankens zusammenstellend, der Comment. der glossirten Ausgaben ad voc. Alias nolenti:

Et subaudi maxime. et alias volenti: et bene, nam non oportet laudando augeri malitiam, ut de serv. corr. l. I. §. fin. (s. oben). Sed quidam dicunt (vgl. Azo), quod si alias facturus erat non tenetur consulens: ut in furto: ut Inst. de obl. quae ex del. §. 11. in fin. Sed quid si credidi eum non alias facturum et mandavi, ipse autem alias facturus erat? Injuriam persuadens eam alias facturo et illaturo an et qua-

tenus teneatur: vide plenius apud Dynum in cap. nullus ex concilio de regul. in 6to (Reg. 62), et Bartol. hic. num. 16.

Die Frage, welche hier auftaucht aber ohne Antwort bleibt, hat in der Folgezeit vielfachen Streit hervorgerufen, einen Streit, der in abstracto schwerlich jemals zum Austrage gelangen wird. Vgl. die neuere Literatur bei

v. Bar, Versuch und Theiln. §. 16,

welcher mit Recht die concreten Umstände entscheiden lässt, ob ein solcher Anstifter entweder straflos bleiben, oder wegen „intellectueller Urheberschaft" oder endlich wegen „intellectueller Beihülfe" straffällig sein kann, — Ergebnisse, welche Bar a. a. O. S. 55 mit Beispielen belegt.

Ich unterscheide ebenso, nur in andrer Fassung. Die gänzlich misslungene weil einflusslose Anstiftung ist straflos, nicht etwa als Versuch der Anstiftung strafbar, wie Köstlin annimmt; die gänzlich gelungene — indem also der Thäter seinen früheren Entschluss wiederum aufgegeben, den des Anstifters dagegen sich angeeignet hat — als Anstiftung zu strafen; die nur theilweise gelungene — durch die Umstände in blosse Stärkung des Thäterentschlusses verwandelte — als Rathhülfe. Letzteres folgt schon aus der Regel: Plus continet minus; wer den Entschluss erwecken will, der will eventuell den vorhandenen Entschluss stärken. Alles beruht also schliesslich auf der Beweisfrage, ob Letzteres wirklich geschehen ist. — Doch zurück zum römischen Recht.

Bereits Albertus de Gandino (s. unten §. 23) hat neben weniger zutreffenden privatrechtlichen Analogien herangezogen die glossirte

Nov. 8. c. 8.

welche, von den Amtspflichten der magistratus (ἄρχοντες) redend, dieselben auffordert nur treue Assessoren (παρεδρεύοντες) zu bestellen und die characteristische ratio angibt, nach der versio vulgata:

> „ut non videantur illi quidem velut innoxii esse, per alios autem delinquant atque furentur, hoc quod magis turpe est, ut et participes injustitiarum sumant."

die im Wesentlichen den griechischen Text richtig widergibt. Schon hier begegnet uns im Comment. ad h. Nov., unter einigermassen erkünstelter Berufung auf L. 4. §. 3. und L. 24. D. de his qui notant. (3, 2.), dieselbe Theorie, welche wir später bei den italischen Praktikern in ausgebildeter Gestalt, im canonischen Rechte schon früher in roherer Fassung, vorfinden werden.

Ad. v. „Quod magis". Nota: majus esse delictum, delinquere in alium, quam in se. ut hic. et colligitur ex duabus legibus (L. 4. §. 3. cit. etc.) et est verum: quia et ipse peccat et alium facit delinquere; unde versus

Peccandi peccare docens, hic peccat et in se
Qui reus est, et in hos, quos facit esse reos.

Exstat haec sententia apud Demosthenem et Xenophontem, et L. 4. C. de defens. civit. (1, 55) et infra in formula jurisjurandi (Nov. 8. in fin.) et in Nov. de mand. princ. (Nov. 17).

Schon die Fassung (peccatum), noch mehr aber die Auffassung und der Inhalt des Commentars verrathen dessen wahre Quelle: die Aussprüche des canonischen Rechts und der Canonisten (vgl. die folgenden §§.) — unserem Commentator sicherlich besser bekannt als die griechischen Classiker! Dass er die Quelle geflissentlich verschweigt, kennzeichnet eben den Legisten. Seine bei den Haaren herangezogenen Allegate aus den Digesten Justinians aber schleppen sich Jahrhunderte lang fort durch die Schriften der italischen Criminalisten (s. unten §. 23).

Es ist also wirklich die Idee der verbrecherischen Mitschuld als beruhend auf geistiger Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung, die contagiöse Kraft der Mittheilung und Rückgabe des bösen Gedankens, das „augere malitiam" als deren Erfolg — es ist alles dieses im römischen Rechte bereits zum Durchbruch und Ausdruck gelangt. Und in der That, der gesammte principielle Entwicklungsgang eben dieses Strafrechts musste unabweislich dahin führen, so unabweislich, dass wir in dem Ausbleiben dieser Ideen ein rechtsgeschichtliches Räthsel vor uns haben würden.

Gleich allen Rechten in deren Kindheit hatte auch das altrömische auf das sog. objective Moment, auf die äussere That und deren Erfolg entscheidendes Gewicht gelegt. Vgl. Reminiscenzen bei

Cicero pro Tullio 22. Top. 17. de Orat. III. 39.

Als nun aus jahrhundertelangem Kampfe das subjective Element, die Würdigung der verbrecherischen Schuld und deren innerlich verschiedenen Arten, siegreich hervorgetreten war, mogte dasselbe der Versuchung nicht widerstehen, die dem Sieger nur allzu nahe liegt: bei Ausbeutung des Sieges das Mass zu überschreiten. Strotzend und trotzend im Gefühl seiner Herrschaft, unterstützt von Rücksichten der staatlichen wie criminalen Politik, machte das Schuldmoment sein Uebergewicht mit einiger Einseitigkeit geltend. Nicht, dass man die Untrennbarkeit von That und Willen, von Erfolg und Absicht jemals

aus dem Auge verloren hätte. Das überwiegend praktische römische Recht konnte diesen seinen mit dem Nationalcharacter engverflochtenen Grundzug sicherlich niemals verleugnen, mogten immerhin einzelne Verirrungen des Despotismus der Kaiserperiode nicht ganz fremd bleiben. Mehr als natürlich aber war es, wenn man dem veralteten überwundenen Grundsatze gegenüber jetzt den Erfolg (eventus), den Ausgang (exitus), die Wirkung (effectus) der That allzusehr in den Schatten — den Willen (voluntas), die Absicht (animus, consilium) auf Kosten des Erfolges in allzu volles Licht stellte. Schon nichtjuristische Federn hatten der Losung des Zeitgeistes Worte geliehen.

S. u. A. Cicero pro Rabirio c. 6.

Haec enim lex est humanitatis, ut ab homine consilii non fortunae poena repetatur.

Juvenal. Sat. XIII. v. 208 sqq.

— — — patitur poenas peccandi voluntas:

Nam scelus intra se tacitum qui cogitat ullum

Facti crimen habet — —.

Dennoch aber thut man den römischen Juristen, welche dieser Fahne folgen, schreiendes Unrecht, wenn man zwischen dem Ausspruche Ulpians in

L. 18. D. de poenis. 48, 19.

Cogitationis poenam nemo patitur

welchen die Compilatoren leider seinem Zusammenhange ganz und gar entrissen haben, und den nahezu ebenso vielgebrauchten und — missbrauchten Worten des Rescriptum Divi Hadriani in

L. 14. D. ad leg. Cornel. de sicar. 48, 8.

In maleficiis voluntas spectatur, non exitus

irgend welchen Widerspruch zu finden glaubt. Ganz davon abgesehen, dass der letztere Grundsatz lediglich für gewisse schwerere Verbrechen aufgestellt wird, bei gewöhnlichen Vergehen, wie furtum, falsum etc. wesentlich abgeschwächt erscheint, s. die Belegstellen bei

v. Woringen, a. a. O. S. 13. ff.,

ist es auch dort nichts weniger als der blosse verborgengebliebene verbrecherische Gedanke, welcher der Strafe anheimfallen soll, sondern die im maleficium, also thatsächlich in die Aussenwelt getretene verbrecherische Absicht; so dass Beides, die objective Erscheinung und die subjective Gesinnung, als gleich wesentliches Moment sich darbietet — erstere nicht etwa als blosses Beweismittel für den dolus, sondern als dessen thatsächliche Manifestation. Nur auf den exitus oder eventus maleficii soll in gewissen Fällen für das Eintreten der gesetzlichen

Straffolge dann nichts ankommen. Nach heutiger Ausdrucksweise: auch schon Versuchs- ja sogar unverkennbare Vorbereitungshandlungen — vgl. mit den Hadrianischen Rescriptsworten der L. 14. cit. die

L. 1. D. ejusd. tit. (48, 8) verb:

quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit —, qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit — etc.

— umsomehr denn die auf Seiten des Thäters abgeschlossene That, verfällt auch ohne Rücksicht auf eingetretenen Erfolg dem vollen Strafgesetz. Und zwar nicht etwa blos propter salutem publicam, sondern vor Allem darum, weil in dem maleficium weniger dieses selbst, als vielmehr das „pravum maleficumque ingenium“

Seneca, De ira. l. cit.

der Strafe würdig erscheint. Denn in der pravitas animi beziehungsweise der depravatio animi alieni erblickte der Römer jener Zeit den Keim des Verbrechens.

Zu vergleichen ist noch der bekannte Ausspruch des Claudius Saturninus in

L. 16. pr. D. de poenis. 48, 19.

Aut facta puniuntur — — aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar.

Endlich mag der Erwähnung nicht unwerth sein, dass noch im neunten Jahrhundert in den Novellae Constitutiones Imp. Leonis Augusti die Spuren dieser Auffassung nicht verwischt sind. Denn in der

Novella Constit. Leonis LXX

(περὶ ἐφόδων. De aggressionibus.)

heisst es, nachdem der Kaiser die aggressores, welche communi consilio — flagitiosae voluntatis socii (οἱ πονηρᾷ γνώμῃ συναπτόμενοι) an der That betheiligt gewesen, ungeachtet ungleicher Bethätigung gleicher Strafe unterworfen hat, am Schluss:

ὅτι γὰρ ἡ τὸν θάνατον καταπραξαμένη χεὶρ ὑπὸ τῆς κοινῆς πονηρίας κινουμένη τὴν πρᾶξιν ἐτόλμησε, δῆλον.

Nam constat, manum homicidam a communi malitia instigatam rem aggressam esse.

Genauer dürfte die Versio so lauten: Nam constat, quod manus quae homicidium perpetravit, communi pravitate commota, facinus ausa est. Denn πονηρία entspricht etwa der pravitas, während malitia eher durch ἡ κάκη, κακία, κακότης oder Aehnliches wiedergegeben würde.

Wer diesem Entwickelungsgange folgt, der wird nicht verkennen,

wie das römische Recht bei dem Zusammenwirken einer Verbrechermehrheit alsbald im Mittelpuncte der verbrecherischen Mitschuld angelangt ist, indem es die depravatio animi, und deren nächste Wirkung, das augere malitiam, betont. Und mit wie grosser Uebereinstimmung die Quellen namentlich des späteren Rechts diesen Fortschritt gemacht haben, das nachzuweisen — und dadurch einerseits die Principien des römischen Strafrechts grösserer Achtung und Beachtung zu empfehlen, andrerseits von hieraus eine Revision unserer Lehre vom concursus plurium ad delictum anzubahnen — war der Vorwurf vorstehender Quellenforschung.

Die hier zusammengestellten Zeugnisse machen es in der That mehr als zweifelhaft, ob

Hälschner, Syst. I. S. 303

Recht hat, wenn er von den Römern aussagt, dass sie zwar das Gewicht vorwiegend auf den Willen legen, ihnen aber das hier in Betracht kommende Moment der sittlichen Schuld entgangen oder nicht klar geworden sei.

§. 20.

II. Das canonische Recht.

Schon im römischen Recht hat uns die Fülle der Zeugnisse eine gewisse Beschränkung aufgezwungen. Umsomehr denn die canonischen Rechtsquellen. Konnte man im Allgemeinen den Römern Ueberreichthum an ideellen Gesichtspuncten sicherlich zum Vorwurf nicht machen — hier finden wir solche bekanntlich bis zum Uebermass, bis zur begrifflichen Uebertreibung im Einzelnen wie im Ganzen.

So stellt wirklich das geistliche Recht die verbrecherische Einwirkung auf Geist und Willen des Mitmenschen ganz offen und an sich mit Recht in den Vordergrund, allein gleichzeitig und nicht mit gleichem Recht unter den Gesichtspunct des Seelenmordes. Die Ansteckung wird ihm zur Tödtung, die Depravation und Deterioration zur Vernichtung der Seele; eine übertriebene und ebendarum weder wahre noch gesunde Vorstellung, die in ihren Consequenzen nothwendigerweise sich rächen muss.

Man rügt am canonischen Strafrecht, dass es das subjective Moment auf Kosten des objectiven berücksichtige, so u. A.

Köstlin, Syst. I. S. 274,

ein Vorwurf, der durch eine Reihe von Belegstellen

vgl. u. A. Hälschner a. a. O. Not. 11.

widerlegt wird. Abgesehen von der Vermischung des religiösen Gesichtspuncts mit der Rechtsidee, welche allen Unterschied zwischen peccatum grave und crimen verwischen muss, wie die characteristischen Sätze des Augustinus und Gratianus zeigen

c. 3. Dist. 25. c. 1. §. 1. Dist. 81 —

besteht vielmehr dessen Fehler eben nur darin, dass es bei der berechtigten Hervorhebung der verbrecherischen Willensrichtung wie überhaupt so insbesondere auch in der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen falsche Wege einschlägt. Die sittlich-religiöse Strenge schlägt um in Entrüstung oder gar blinden Fanatismus, der Besserungszweck in Verfolgungssucht. Die Sätze: dass die Sünde der Leute Verderben, dass die Seele welche sündiget sterben soll, die Gottlosen aber sich selber um ihr Leben bringen,

Sprüche Sal. 14, 34. Ezechiel 18, 4. Tob. 12, 10.

verkehren sich zur irrigen Folgerung: die Verleitung zum Bösen, jeglicher Form, jeglichen Grades, ist geistiger Mord, also dem leiblichen Morde vergleichbar. Eben durch diese von vornherein extreme Auffassung wird eine Abschätzung des verbrecherischen geistigen Einflusses im einzelnen Falle, verschieden in Art und Mass, verschieden nach Form und Inhalt, m. a. W. ein gerechter weil unparteiischer Massstab bei Zurechnung und Ahndung dieses Einflusses erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht, weil der wahre Ausgangspunct im Vorwege verdunkelt, die Grenze verrückt ist. Denn, wenn die böse Einwirkung den Keim des Guten im Geiste ertödtet hat, mit welchem Recht trifft dann den abgestorbenen Geist des Angestifteten dennoch die Zurechnung der That zu sittlicher und rechtlicher Schuld? Und wie darf dann ohne Widerspruch noch ferner von den Abstufungen der Strafbarkeit die Rede sein, welche das

c. 6. X. de homicid. 5, 12 (v. J. 1180)

für Thäter, Anstifter, Helfer, Begünstiger, kurz für alle Formen der verbrecherischen Betheiligung aufstellt? Zugleich aber berechtigt dieser principielle Widerspruch uns zu der Annahme: das canonische Recht ist von seinem falschen Grundton allmälig zurückgekommen, der zwar bis in das dreizehnte Jahrhundert hinein noch nachklingen mag, in Wahrheit aber bereits im zwölften und früher der reineren Stimmung hat weichen müssen.

Die Aussprüche des corp. jur. can., aus diesem Gesichtspunct betrachtet, offenbaren alsbald Licht- und Schattenseite.

C. 5. Caus. 22. Qu. 5.

Homicidam vincit, qui sciens ad perjurium hominem compellit.

(Augustin. forte ann. 391). Ille, qui hominem provocat ad jurationem, et scit eum falsum esse juraturum, vincit homicidam; quia homicida corpus occisurus est, ille animam, imo duas animas, et ejus quem jurare provocavit et suam. Scis verum esse quod dicis et falsum esse quod ille dicit, et jurare compellis? Ecce jurat, ecce pejerat, ecce perit. Tu quid invenisti? imo et tu peristi, qui de illius morte te satiare voluisti.

Die Stelle, welche ihrem einfachen Sinne nach offenbar nur den im Auge hat, welcher, anstatt seinen gerechten Anspruch aufzugeben zulässt dass der Gegner (Delat oder Relat) einen falschen Eid aus schwört, zieht durch die vordecretischen Sammlungen, so das Decretum und die Pannormia des Ivo, sich hindurch, und bildet den eigentlichen Mittelpunct der canonischen Theorie.

Hören wir die Glossa: Casus. Dicitur in hoc cap. quod, si quis compellit aliquem vel provocat ad juramentum, quem scit falsum jurare, magis peccat quam homicida: quia iste corpus interficit, ille vero animam suam et alienam. „Vincit". Non intelligas quod plus peccat perjurus quam homicida: imo ille plus peccat, ut Dist. 13. c. 1. Sed dicitur (sc. pejerare compellens) eum vincere: quia majus damnum facit: quia majus damnum est in amissione unius animae quam mille corporum, ut Caus. 24. Qu. 3. Si habes (c. 2). — Joan.

Nur dann ist dieser Zusatz des Joannes Andreae quellengemäss, wenn wir wie oben geschehen subintelligiren: pejerare compellens. Der perjurus (Falschschwörer) zwar überflügelt den homicida nicht schlechthin; wohl aber der pejerare compellens. Damit stimmt auch die angezogene Hauptstelle überein, nämlich

c. 1. Dist. 13. (Concil. Tolet. a. 653) verb:

— — Etenim dum pejerare compellimur, Creatorem quidem offendimus, sed nos tantummodo maculamus.

Der Mörder tödtet den Leib, der Meineidige seine eigne Seele, — der Anstifter, Anlassgeber etc. zum Meineide dagegen sowohl seine eigne als die des Angestifteten. Doch kehren wir zurück zum Augustinus und zum c. 5. cit.

Vollkommen richtig wird in der verbrecherischen Einwirkung die doppelte Schuld gefunden: die am fremden und die am eignen Geist. Nur forderte allerdings die Logik Voranstellung der letzteren. Eben diese richtigere Ordnung aber musste dem Augustinus zeigen, dass es hier um einen Process sich handelt, der von der Selbstbestimmung zur

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Einwirkung fortschreitet; sie musste die fernere Erkenntniss nahe legen, dass der wirksame Wille sodann, wiederum im Angestifteten durch dessen Selbstbestimmung verwandelt, zur Rückeinwirkung sich gestalten kann. Aber freilich hinderte ihn daran das Zerrbild des Seelenmordes! Denn ein Fortgang vom suicidium zum homicidium war allerdings undenkbar. Erst durch „Sättigung am Tode der fremden Seele" musste der Seelenselbstmord begangen werden; und mit dem Untergange Aller hatte das Trauerspiel ein Ende.

Ueberraschend ist nun, wie wenig Augustinus seinen eignen Gedankengang festzuhalten vermag. Dies zeigt schon die unmittelbar folgende Stelle

C. 6. ejusd. Caus. etc.

(Augustin.) Qui exigit jurationem, multum interest, si nescit illum falsum juraturum, an scit. Si enim nescit, et ideo dicit, Jura mihi, ut fides ei fiat, non est peccatum (in originali est: non audeo dicere non esse peccatum. Corr. Rom.): tamen humana tentatio est. Si autem scit eum fecisse, novit fecisse, videt fecisse, et cogit jurare, homicida est. Ille enim suo se perjurio perimit: sed iste manum interficientis et impressit et pressit.

Dort übertraf der Anstifter den Mörder, hier ist er Mörder. Hier ist es der verleitete Falschschwörer, welcher sich selbst tödtet; der Verleiter unterstützt nur den Selbstmord durch Nachdrücken der tödtenden Hand. Mit Einem Wort: Während im c. 5. der A den B und dadurch sich selbst tödtet, leistet im c. 6. der A dem B nur Anlass und hülfreiche Hand zum Selbstmorde. Bild und Gedanke werden somit verdreht, und wir erfahren überall nicht, ob nunmehr auch der A sich den Garaus macht.

Dennoch ist im c. 6. ein Fortschritt unverkennbar. Es geschieht nämlich dem Gedanken sein Recht, dass der Angestiftete, Verleitete, obgleich angestiftet, dennoch sich selbst zum Bösen bestimmt d. h. im Bilde: Selbstmord begeht.

Ehe wir theils die Quelle dieser gesammten einigermassen überspannten Theorie theils deren Berechtigung und Anwendbarkeit im Gebiet des positiven Rechts näher prüfen, bedarf es der Vergleichung mit anderen Aussprüchen der canonischen Rechtssammlungen, zunächst in unsrer Quaest. 5. Caus. 22. selber.

C. 3. ejusd. Caus. etc. (ex poenitentiali Theodori, c. ann. 680.)

Si quis coactus pro vita redimenda, vel pro qualibet causa vel

necessitate perjurat, quia plus corpus quam animam dilexit, tres quadragesimas poeniteat etc. Cf. C. 2. eod. i. f.

C. 12. ejusd. Caus. (Chromatius in cap. 5. Matthaei. c. ann. 400).

Juramenti haec causa est, quia omnis qui jurat ad hoc jurat, ut quod verum est loquatur. Et ideo Dominus inter juramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam: quia sicut in juramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium: quia utrumque et perjurium et mendacium divini judicii poena damnatur, dicente Scriptura: „Os, quod mentitur, occidit animam.“ Quisquis ergo verum loquitur, jurat; quia scriptum est: „Testis fidelis non mentitur.“

Vgl. Evang. Matth. 5. v. 21. 33. 37. Weish. Salom. 1. v. 11. a. E. „Denn der Mund, so da lüget, tödtet die Seele.“ Jacob. 3. v. 10. Sprüche Salom. 14. v. 5.

C. 23. Caus. 33. Qu. 3. — Non solum, qui manibus occidunt, sed etiam quorum consilio et fraude alii occiduntur, homicidae probantur.

Perniciose se decipiunt, qui existimant eos tantum homicidas esse, qui manibus hominem occidunt, et non potius eos, per quorum consilium et fraudem et exhortationem homines extinguuntur. Nam Judaei Dominum nequaquam propriis manibus occiderunt, sicut scriptum est: Nobis non licet interficere quemquam. Sed tamen illis Domini mors imputatur, quia ipsi lingua eum interfecerunt, dicentes: Crucifige etc. — — Qui ergo hominem tradidit, ille interfecit eum, Domino dicente: Majus peccatum habet, qui me tradidit tibi. Unde Psalm.: Filii hominum, dentes eorum arma et sagittae, et lingua eorum gladius acutus. Subjiciant ergo se poenitentiae, quorum consilio sanguis funditur, si veniam promereri voluerint.

Auch dieser Canon ist aus mehreren Schriften des Augustinus zusammengestellt.

Vgl. dazu die Evangelien, insbesondere Evang. Joh. 19. v. 11. Psalm 57. v. 5. und 64. v. 4. ff.

Endlich tönt noch ein Nachklang dieser verworrenen Lehre vom Seelenmorde aus dem 13. Jahrhundert herüber. Die Stelle betrifft Anstiftung zum Assassinat, und lässt auf c. 5. C. 22. Qu. 5 cit. sich zurückführen.

Cap. 1. de homicid. in 6to. 5, 4.
Innocent. IV. in Concil. Lugdun. c. ann. 1245.

§. 1. Cum igitur illi, qui sic horrenda inhumanitate detestandaque saevitia mortem sitiunt aliorum, ut ipsos faciant per assassinos occidi, non solum corporum, sed mortem procurent etiam animarum etc.

Fassen wir die Zeugnisse der ganzen Lehre zusammen, so finden wir deren Quelle in Aussprüchen der heiligen Schrift, welche Lüge und Meineid als Seelentödtung bezeichnen, und die Anstiftung zum Bösen als „grössere Sünde" der bösen That des Angestifteten gegenüberstellen. Im Ersteren erkennen wir die glühende Farbe bildlicher Versinnlichung, wie sie dem Orient, der Wiege des Juden- und Christenthums, eigenthümlich ist. Augustinus und mit ihm andere Kirchenväter sind der Versuchung nicht entgangen, dem lediglich religiös-sittlichen Gesichtspuncte der Schrift eine Anwendung auf dem Rechtsgebiet zu gestatten, die — von ihrer inneren Verworrenheit ganz abgesehen — hier verwirrend wirken musste. Der zweite Satz aber, berechtigt wie er für das Gebiet der Sünde immerhin sein mogte, hat, auf das Feld des Verbrechens und der Strafe verpflanzt, zu der gefährlichen Folgerung beigetragen, dass in abstracto der Anstifter strafwürdiger sei als der Angestiftete — eine Folgerung, von der das canonische Recht wenigstens dem Grundsatze nach sich freigehalten, welche aber die Doctrin späterer Jahrhunderte (wie unten erhellen wird) allerdings gezogen hat.

Nichtsdestoweniger finden sich daneben schon frühzeitig Spuren einer reineren, mehr juristischen Auffassung unsrer Frage, und zwar merkwürdig genug in einer Stelle, welche Gratianus unmittelbar auf die oben citirten folgen lässt.

C. 7. Caus. 22. Qu. 5.

Usque ad exitum vitae non communicet, qui alios ad perjuria trahit.

Ex Concilio Matisconensi I. c. 17. ann. 581. in Gallia.

Si quis convictus fuerit alios ad falsa testimonia vel perjuria attraxisse, vel quacunque corruptione sollicitasse, ipse quidem usque ad exitum vitae non communicet: ii vero, qui ei in perjurio consensisse probantur, postea ab omni testimonio sunt removendi: et secundum legem (d. h. nach weltlichem Recht) infamia notabuntur.

In dieser wichtigen Stelle vernehmen wir deutlich die einfache und

so zu sagen nüchterne Sprache des Concils. Sie enthält in nuce ganz und gar unsre in den §§. 17. 18. dargelegte Auffassung:

Zunächst tritt die geistige Einwirkung, sei sie anstiftend oder nur bestärkend, ihrer Art und Beschaffenheit nach einmal in dem „attrahere (trahere) ad perjurium“ hervor, als Anziehung zum Bösen, Hinüberziehen in den Zauberkreis dieses contagium; sodann im „sollicitare quacunque corruptione“, als Anreizung, Verlockung durch einen verderbenden wirksamen Beweggrund, und antreibendes Fortbewegen des bereits „Angezogenen“ auf der verbrecherischen Bahn. Letztere Bezeichnung (sollicitare) entspricht vollkommen dem juristischen, erstere (attrahere) dem nichtjuristischen, beide aber dem classischen Sprachgebrauch der Römer. Sogar die depravirende, entsittlichende, widerrechtlichmachende Absicht und Wirkung kennzeichnet sich hier wie im römischen Recht als: corruptio.

Die geistige Rückeinwirkung, vermittelt durch Uebereinstimmung im Bösen und zum Verbrechen, auch diese endlich entgeht dem Concilbeschlusse nicht. Sie liegt so klar wie sonst irgendwo ausgesprochen in den unmittelbar folgenden Worten: ii vero, qui ei in perjurio consensisse probantur.

Cf. C. 55. Caus. 2. Qu. 7. verb. „Consentire“ — „societas occulta.“

Wer aber ist als Subject gedacht? Nicht etwa Helfer bei der Anstiftung, oder Mitanstifter — sondern eben die „alii“ (cf. „alios attraxisse“) d. h. die Angestifteten beziehungsweise Bestärkten, also die künftigen Falschschwörer selbst. Diese, indem sie sich anstiften beziehungsweise bestärken lassen, consentiren dadurch dem Anstifter (ei), dem auf sie Einwirkenden, und festigen ebendadurch rückwirkend dessen verbrecherischen Willen.

Die richtige Erkenntniss, so früh schon vom Concil zu Maçon angedeutet, hat allmählich sich Bahn gebrochen. Den Zeugnissen der Folgezeit entnehme ich nur dieses eine:

Cap. 5. de poenis in 6to. 5, 9.

Bonif. VIII c. ann. 1298. — sancimus, ut si quis deinceps in hoc sacrilegii genus irrepserit, quod S. Rom. Eccl. Cardinalem fuerit hostiliter insecutus vel percusserit aut ceperit vel socius fuerit facientis, aut fieri mandaverit, vel factum ratum habuerit, aut consilium dederit vel favorem, aut postea receptaverit vel defensaverit scienter eundem: sicut reus criminis laesae majestatis perpetuo sit infamis, diffidatus nihilominus et bannitus etc.

Praesenti nihilominus adjicimus sanctioni, ut ex insecutione praedicta, sicut ex injectione manuum violenta, ipso facto excomm. sententiam quis incurrat, et tam insecutor quam alii supradicti tanti mali participes, quamdiu in sua contumacia perdurarint etc.

Si quis vero per se vel per alium occiderit Cardinalem — — vel dederit causam mortis, etc.

Die Mitschuldigen jeglicher Art, welche oben theils als Sollicitatores, Attractores, Corruptores, theils als Consentientes auftraten, je nach Art, Zweck und Wirkung ihrer gegenseitigen verbrecherischen Einwirkung — eben diese sind „tanti mali participes", Theilhaber an der Summe des Bösen, welches ihr Zusammenwirken zunächst in ihnen selbst, sodann durch sie in der Aussenwelt verwirklicht hat. Der erste Theil der Stelle verb: „si quis percusserit" bis „eundem" lassen in ermüdender Zahl und Gliederung alle Arten der verbrecherischen Betheiligung auftreten. Am Schlusse aber wirft in den scheinbar unschuldigen Worten „vel dederit causam mortis"

cf. L. 15. D. ad leg. Cornel. de sicar. 48, 8.

bereits die spätere nebelhafte Lehre von der causa und concausa delicti ihren Schatten vor sich her!

Deutlich erblicken wir — und darauf kommt hier Alles an — die wörtliche, ideale Anerkennung der sittlich-rechtlichen Schuld, und zwar ohne das verfehlte Bild des Seelenmordes. Allein die thatsächliche, reale Anerkennung — ich meine die Consequenzen einer richtigen Erkenntniss für Zurechnung und Strafbestimmung, so dass jeder Betheiligte nach dem verschiedenen Masse seiner Mitschuld auch verschieden gemessen wird — sehen wir auch diese im canonischen Recht? Kaum bedarf es der Verweisung an das nur allzu oft, von Manchen ausschliesslich, ausgebeutete

Cap. 6. X. de homicid. 5, 12,

in welchem bekanntlich Alexander III. um 1180 die Verschiedenheit der Schuld und Strafe für alle an der Tödtung des Erzbischofs Betheiligten so bestimmt hervorhebt. Dass der Papst gleichsehr dem Antheil an der äusseren That und der verbrecherischen eignen Willensbestimmung eines jeden Einzelnen Rechnung trägt, dies scheint man heute immer allgemeiner und allseitiger einzusehen. Es fehlt aber noch an der Erkenntniss des zweiten geistigen Bestandtheils der Schuld, bestehend in der geistigen Einwirkung eines Jeden auf den Anderen. Auch diese „Schuld am fremden Geiste" aber will Alexander unbe-

rücksichtigt nicht lassen. Mindestens glaube ich nachstehenden Worten des Decretale keine Gewalt anzuthun, wenn ich dieselben hierauf deute.

Zwar darf im Prooemium verb:

— nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed aetas, scientia, sexus atque conditio delinquentis sunt attendenda: — — cum idem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus,

die „scientia" als conscientia sc. sceleris, delicti, consilii nicht verstanden werden, wie schon die Zusammenstellung mit aetas, sexus etc. zeigt, namentlich aber eine Vergleichung mit

c. 21. Caus. 6. Qu. 1.

verb. „peccata scientium peccatis ignorantium praeponuntur" etc.

Ganz richtig ist auch die Deutung der Glossa ad. h. l.: Scientia. an sit discretus vel non sanae mentis. Caus. 3. Qu. 9. c. 14. vel minus discretus.

Anders aber der weitere Inhalt der Stelle. Zur Erläuterung mag hier den §§. des Decretale neben der Glosse auch der entsprechende Passus aus der Summa des Abbas Siculus (Nicol. de Tudeschis s. Panormitanus) angefügt werden, um die Auffassung dieser Interpreten darzuthun.

§. 1. Illi autem, qui animo occidendi — illum — virum — citra manuum injectionem se fatentur venisse, si de illa captione mors ejus secuta fuisset, pari poenitentia vel fere pari existerent puniendi.

Abb. Socians homicidam animo occidendi, licet non apponat manum, si tamen ex sua causa mors secuta est, tenetur fere pari poena cum homicida.

Gl. Mors secuta. Nota quod voluntas punitur, licet non processerit ad effectum, et ita propter proprositum puniuntur. consenserunt enim cooperando. C. 17. Qu. 4. c. 5. „Par enim poena et agentes et consentientes comprehendit", ideoque puniendi sunt ea poena, ut ibi dicitur.

§. 3. Qui vero se asserunt animum Regis inflammasse ad odium, unde homicidium fuit secutum: dure et aspere, sed non ita severe sunt puniendi, nisi forte Regem ipsum ad illud homicidium suis suggestionibus provocassent.

Abb. Incitans alium ad homicidium, mitius punitur quam homicida: secus autem, si incitaverit ad certum homicidium: nam eo secuto tenetur ut homicida.

Gl. Provocassent. forte alias non facturum. unde aeque tenentur: quia dolo ad hoc induxerunt regem, qui alias forte non fecisset.

§. 4. Hi quoque non sunt a culpa liberi, nec a poena debent esse immunes, qui licet fuerint illius machinationibus ignari, tamen eis, quos sicarios esse sciebant — — ministerium praebuerunt.

In den Eingebungen (suggestiones), welche den Thäter zu der bestimmten Einzelthat angeregt haben, in dem consensus über die That, in der bewussten Hülfleistung, in diesem Allen erblicken der Papst und seine Interpreten das geistige Ein- und Zusammenwirken, welches Mitschuld begründet. Das überschwengliche Bild des Seelenmordes aber wird nicht einmal andeutungsweise herbeigezogen, und vom peccatum majus des Anstifters im Verhältniss zum angestifteten Thäter ist ebensowenig die Rede.

In Letzterem lag ein belehrender Wink für die italischen Criminalisten der Folgezeit. Wie wenig Beachtung derselbe gefunden, wird weiter unten sich zeigen.

III. Das germanisch-romanische und gemeine deutsche Recht.

§. 21.

A. Die Volksrechte.

Mittlerweile war die richtige Erkenntniss auch den germanischen, mit romanischen Bestandtheilen gemischten, Rechtsquellen keineswegs fremd geblieben. Ich entschlage mich vor der Hand jeder Berufung auf die gegenübergestellten Begriffe Rath und That, auf die höhere Strafbarkeit der Lohndingung als der blossen Rathertheilung in den Volksrechten.

Vgl. Wilda, Strafr. der Germanen. S. 628—631.

Jede Folgerung aus so allgemeinen Argumenten würde den Gläubigen nicht bestärken, den Ungläubigen nicht bekehren.

Schlagend aber ist ein Zeugniss aus dem Anfange des achten Jahrhunderts.

L. Liutprand. c. 63. (Testimon. falsum).

— — Et ipse, qui alium rogat testimonium falsum dicere, aut pro causa sua manum in charta falsa ponere, sic componat,

sicut testes ipsos falsos jussimus componere, pro eo quod ipsum malum per ipsum fuit inchoatum.

Die böse Gesinnung und That hat ihren Ursprung in der Seele des Anstifters; diese Quelle strömt aus in die Seele des Angestifteten. Der Grund der gleichen Strafbarkeit liegt also eben in der geistigen Einwirkung. Im Anstifter begann das Böse, im Angestifteten pflanzte es als angeeignetes sich fort.

Während jenen die gleiche Composition trifft wie diesen, wird dagegen der blosse consiliator, welcher den verbrecherischen Entschluss nicht hervorrief, sondern nur stärkte, mit ungleicher, weit geringerer Busse belegt als der Thäter.

L. Liutpr. c. 71.

Si quis liber homo ad alium liberum hominem consilium dederit de perjurare, aut casam alienam incendere, — — componat pro illicito consilio, quod contra rationem ministravit, sol. C. — — qui ipsum malum fecit, sol. DCCCC.

Cf. Formul. ad h. cap.

Ed. Rotharis. cc. 10. 11.

Si quis liber homo in morte alterius consiliatus fuerit, et ex ipso consilio mortuus non fuerit, tunc ipse consiliator componat sol. XX.

Si homines liberi inter se de morte alterius consiliati fuerint sine Regis consilio, et ex ipso consilio mortuus non fuerit, componat unusquisque ut supra sol. XX, et si ex ipso consilio mortuus fuerit, tunc ille, qui homicida est, componat ipsum mortuum, sicut appreciatus fuerit, id est widrigild suum.

Cff. Ebend. cc. 12. 14. 103.

Osenbrüggen, Strafr. der Langobarden. §§. 15. 25.

Noch mehr. Sogar dem „consensus ad malum faciendum" begegnen wir hier gleichwie im canonischen Recht.

Ed. Roth. c. 312.

Si quis alii arma sua simpliciter praestiterit et ille qui acceperit, aliquod malum cum ipsis fecerit, non reputetur illi culpa, qui praestiterit, sed ei qui malum cum eis perpetraverit. Et e contrario, si ille qui praestiterit consensum ad malum faciendum adhibuit, collega sit illi ad ipsum malum sanandum.

Das Waffenleihen, und zwar in der Unterscheidung des einfachen

(arglosen) und im Einverständniss geschehenen, fungirt als gewöhnliches Beispiel einer zweifelhaften Hülfe in den Quellen jener Zeit, auch in den nordgermanischen,

s. Wilda, a. a. O. S. 625. ff.

Dass aber eine Vorstellung von der geistigen Einwirkung unter Mitschuldigen eben im Langobardischen Rechte auftritt, ist von Bedeutung, weil in diesem nach

Walter, deutsche Rechtsgesch. II. §. 735.

„sich die germanische Gefühlsweise mit einer besonderen Kraft behauptet hat."

Es ruht offenbar in diesem Recht die erhebliche Verschiedenheit der Strafe auf der Verschiedenheit der geistigen Causalität und damit zugleich der Schuld. Die Einwirkung des Anstifters ist ihm Quelle, Ursprung des malum; die des Rathhelfers bewirkt — um im Bilde zu bleiben — lediglich einen Zufluss.

Und eben dieses Recht betont ferner mit besonderem Nachdruck den allgemeinen Begriff des „consilium mortis"

s. darüber Osenbrüggen, a. a. O. §. 13.

Anschütz, Die Lombarda-Commentare etc. lib. I. tit. III. XVII.

und in Verbindung damit die Aufwiegelung des gemeinen Volks und die daraus entstehenden theils beabsichtigten, theils nichtbeabsichtigten Gefahren und Verbrechen, wenn gleich auch andere Volksrechte das „excitare seditionem" keineswegs unerwähnt lassen, so u. a.

L. Bajuvar. Tit. II. c. 3.

Es handelt nämlich

L. Liutpr. c. 134.

von Streitigkeiten unter Bewohnern eines vicus über Feld, Weide oder Wald, und fügt hinzu:

Si collegerit se una pars cum virtute et dixerit: Eamus et expellamus eos de ipso loco per virtutem foras etc. (Wenn dann ein scandalum und Verwundung oder Tödtung erfolge, dann büssen sie zuvörderst dieses Delict. Ferner aber:) Sed pro illicita praesumtione de ipsa collectione componant sol. XX. ad illam partem etc. Quod autem ideo statuimus, ut nullus praesumat malas caussas in quolibetcunque loco excitare aut facere, et non potuimus caussam istam assimilare nec ad arascild nec ad concilium rusticanorum, vel ad seditionem:

(cff. Liutpr. c. 143. Roth. c. 279. 280.)

et plus nobis congruum paruit esse de consilio malo, id est

de consilio mortis. Quia quando se colligunt et super alios vadunt pro peccatis, ad id vadunt ut faciant malum: aut si casus evenerit ut hominem occidant, aut plagas et feritas faciant. Ideo ut diximus, assimilavimus caussam istam ad consilium mortis, quod est — — sol. XX.

Aus demselben Grunde, nämlich wegen des malum inchoatum, strafen die Langobarden die durch Präsenz und anhaltenden Zuruf verstärkte Anstiftung zu einem bestimmten Einzelverbrechen nicht als blosses consilium mortis mit der Busse von 20 solidi, sondern mit Verwirkung des ganzen Vermögens.

L. Liutpr., capp. 20. 21. 62. 118.

Namentlich aber entscheidet so in einem höchst lehrreichen dem cit. c. 134 alsbald nachfolgenden Edict derselbe König Liutprand.

c. 138. Haec autem rei veritas pervenit ad nos, quod quidam homo diabolo instigante dixisset ad servum alienum: Veni et occide dominum tuum, et ego tibi habeo facere bonitatem (al. voluntatem), quam volueris. Ille autem persuasus ab ipso intravit in caussam ipsam malam, et idem qui eum suasit in tanta malitia perductus est, ut et praesentialiter dixerit eidem puero: Feri ipsum dominum tuum. Et ipse ei pro peccatis feritam fecit. Et iterum dixit: Feri eum adhuc, nam si non feceris, ego te ferire habeo. Ipse autem puer conversus fecit eidem domino alteram feritam, et mortuus est. Dum autem requisitio de morte ipsius et de compositione fieret, volebant aliqui dicere, quod tantum deberet componere is qui puero suasit et in sua praesentia hominem ferire jussit, quantum anterius Edictum continet de consilio mortis. Sed nobis nostrisque judicibus hoc nullo modo placuit, quoniam consilium mortis in occulto fit concinnatum: et aliquotiens perficitur, aliquotiens non. Nam hoc homicidium praesentialiter factum est. Et nos non dicimus hoc esse consilium, quando homo alteri homini verbotenus et praesentialiter ostendendo dicit: Veni et feri hominem istum. Ideoque qui tale malum commisit et sic probatum fuerit, non componat sicut in nostro Edicto affiximus, hoc est, ut perdat omnem suam substantiam, et medium accipiant heredes defuncti et medium curtis Regia, excepto illam antiquam compositionem heredes ipsius qui occisus est in antea tollant, sicut in Edicto nostro tempore, ut supra diximus, est affixum.

Form. Petre te appellat Martinus, quod tu dixisti ad Adelgisum, qui fuit servus, de suo patre quod eum occideret, et in tua praesentia fecisti occidere.

Petre, te appellat Mart., quod tu fecisti in tua praesentia occidere Donatum suum patrem.

Die hervorgehobenen Worte der Stelle deuten an: Die Verführung des fremden Sclaven durch den Anstifter (verbrecherische Einwirkung); der Sclave lässt sich verführen; dieser Erfolg stärkt und ermuthigt den A. (verbrecher. Rückeinwirkung) zur Fortsetzung der Anstiftung während der That durch Gegenwart und Drohung bis zu vollendetem Verbrechen. Das blosse consilium mortis, das, im Geiste des Verführers geheim gefasst, in der Seele des Verführten im Verborgenen fortarbeitet, den bösen Willen zubereitet (in occulto fit concinnatum), möglicherweise aber dennoch schliesslich ohne Erfolg bleibt, erscheint hier gesteigert zur geistigen Mitwirkung bis zum Abschluss der That.

Die Anschauung der Langobarden steht aber keineswegs vereinzelt da. Aehnliches bieten bereits Volksrechte des 6. und 7. Jahrhunderts.

Die L. Salica emend. XXX. De locationibus. belegt beim Lohnmorde sogar mit gleicher Strafe, wie den Anstifter und Angestifteten, auch den Vermittler der Anstiftung.

§. 1. Si quis furtim aliquem locaverit, ut hominem interficiat, et pretium propter hoc dederit (al. acceperit et non fecerit), MMD. denariis qui faciunt Sol. LXII culpabilis judicetur.

§. 2. Similiter et ille qui pretium accepit, ut hominem occideret, MMD. denar. etc. culpab. judicetur.

§. 3. Si vero per tertium locatio ipsa fuerit transmissa, MMD. denar. etc. culpab. judicetur. Sic dans, accipiens, portans, unusquisque illorum culpab. judic.

Die Heroldina (Cod. Fuld.) dagegen hat hier (unter XXXI) fünf Paragraphen. Der §. 1. lässt den locator 3000 Denar. büssen, wenn angenommen und der Mord erfolgt ist. Die §§. 2. bis 5. bestimmen 2500 Denar. = $52\frac{1}{2}$ sol. für folgende Fälle: 1. für den Dinger, wenn der Gedungene die That nicht ausgeführt hat (et non fecerit), 2. für den Gedungenen schlechthin, auch wenn er nicht ausgeführt hat (s. §§. 3. und 4.), 3. für alle drei Betheiligten, wenn „Transmission" durch einen Vermittler stattgefunden. Die Stelle schliesst auch hier mit den Worten: unusquisque illorum, scilicet dans, accipiens, portans etc. in denen die geistige Strömung und Fortwirkung des bösen Willens klar genug hervortritt.

Ferner heisst es in der L. Sal. emend. LVII. 6, wo von exspoliatio corporum die Rede ist:

> Auctor vero sceleris hujus, si ipse hoc fecit et comprobatus fuerit, vel alium ad istud faciendum locaverit, — — sol. C C. culpab. judicetur.

Freilich befindet sich hier das Salische Gesetz, wenn gleich vielleicht nur veranlasst durch die Aufzeichnung in lateinischer Sprache, auf dem bedenklichen Wege — m. E. ein Irrweg, s. Einleit. §. 2. —, welchen die spätere Doctrin fröhlichen Muths gewandert ist: zwei Begriffe, Thäterschaft und Anstiftung, in den der Urheberschaft zusammenzuwerfen.

Endlich übersieht das Salische Gesetz keineswegs andre Bewegründe als Mittel der Anstiftung. So die absichtliche Erweckung eines rachezeugenden Irrthums in

L. Sal. emend. XLIII. 12.

> Si quis hominem ingenuum cuilibet socio suo de quolibet crimine accusaverit, et per ejus commonitionem (al. commotionem) sive mendacium ille, qui accusatus est, occisus fuerit, medietatem leudis ejus componat. Ille vero, qui eum occidit, secundum legem pleniter eum emendet.

Bei aller Verschiedenheit der Strafe — der Thäter büsst mit dem Ganzen, der Anstifter mit der Hälfte — ist hier doch die geistige Ursache der That hinreichend hervorgehoben.

Vom consilium malum und dessen Straffolge spricht auch

L. Burgund. LXXX. 3.

> Etiam qui calumniatori consilium dederit ad dimicandum (al. vindicandum), si victus fuerit, simili ut superius statutum est mulcta feriatur.

§. 22.

B. Die Rechtsbücher.

Durch die Auffassung, welche aus jenen Zeugnissen hervorschimmert, war der Faden gefunden und angeknüpft. Hat die Folgezeit ihn etwa abgerissen oder verloren? Unsere Quellenforschung ergibt das Gegentheil.

Zuvörderst deute ich eben darauf und daraus die recht eigentlich technische Terminologie der Rechtsbücher, deren wahre Bedeutung noch heute bestritten ist und m. E. eben deshalb bestritten sein muss,

weil die Doctrin der Gegenwart das Fundament der Verbrecherconcurrenz aus dem Auge verloren hat.

Wer oder was ist der Orhabe (Oraf, Urhab) der Quellen des früheren Mittelalters? Lassen wir uns nicht beirren durch die Neugestaltung des Worts zum „Urheber“, und durch dessen exorbitante Ausdehnung in neuerer Zeit. Nach

Graff, Althochd. Sprachschatz. I. S. 394 ff.

bedeutet die Präposition beziehungsweise das praefixum Or, Ur (älter: ar, as) = Aus, ex, den Ursprungsbegriff. Die Zusammensetzungen sind zahllos. Orhab leitet Graff ab von diesem or (ar) und hefjan = heban, haban, heben (tollere); also: elevare, elevatio, elevator. Vergleiche über Or (Ur) auch die bekannten Glossarien von Haltaus, Scherz u. A., welche Orhab erklären als das sich Erhebende (ich mögte vorziehen: Anhebende), die elevatio, origo. Sprichwörtlich, namentlich im Niederdeutschen, ist noch die Redeweise: von Ur zum Ende.

Mit Recht sagt, nach Zusammenstellung der einschlagenden Quellenzeugnisse

Osenbrüggen, Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 18 (1858). S. 83. (nunmehr wiederum abgedruckt als Abh. IX. in Desselben Studien zur deutschen und schweizer. Rechtsgeschichte. 1868).

„An allen diesen Stellen bedeutet das fragliche Wort = den Anfang.“ Schuldig freilich bleibt er uns hier die nähere Kennzeichnung dieses Anfangs, allein nur um die Schuld anderswo einzulösen, nämlich im

Alamann. Strafr. §. 73.

Es liegt im Orhab das Anheben, das Anlassgeben, die menschliche Thätigkeit, welche die Friedensstörung geursacht hat. Aus der a. a. O. gelieferten Fülle von Zeugnissen, welche keinerlei Zweifel gestatten, mag nur angeführt sein der

Stadtr. Entw. für Freiburg (Breisgau) von 1275. verb.

Roufint zwene burger einandir. sweders der urhab ist, der sol bessiron, wirt er des übirredet.

Anderswo in den alamannischen Quellen findet sich als gleichbedeutende technische Bezeichnung: Anlass, Anhab, Anfang, Anfachen.

Ich finde im Orhab die Vorstellung wieder, welche in den Worten der L. Liutprandi liegt: pro eo quod ipsum malum per ipsum fuit inchoatum. Es ist eben im Orhab verdeutscht vorhanden ein specieller Fall der geistigen inchoatio mali, der Urschuld, beziehungsweise des geistigen inchoator, des Urschuldigen. In der Verkennung dieses

Zusammenhanges rächt sich die übliche getrennte Behandlung der germanischen Quellen, der sogenannten Volksrechte und der Rechtsbücher, deren Continuität doch unverkennbar ist.

Betrachten wir die von Osenbrüggen am erstgenannten Ort angezogenen Quellenzeugnisse. Im

Kulmer Stadtr. (c. 1394) III. 3.

heisst es, derjenige von Zweien, die sich gegenseitig verwundet haben, welcher mit seinen Schreileuten zuerst bezeuge, dass an ihm zuerst der Friede gebrochen d. h. dass er A von dem B zuerst angegriffen sei, — dieser beweise

daz her (der B) den vrede an ym (dem A) gebrochen habe, und der orhabe yenes (des B) were und syne (des A) nicht.

Also behauptet er, es liege der Ursprung, geistige Anfang, des fraglichen Vergehens im B, indem dieser den Entschluss des rechtswidrigen Angriffs (das consilium mali gewissermassen) gefasst und durch dessen Ausführung in ihm (dem A) Entschluss und That des Gegenangriffs bewirkt, hervorgerufen habe. B ist somit der Vater des Friedensbruchs. Und dies eben vergeistigt nur noch mehr die zweite Stelle desselben Rechtsbuchs,

Kulm. St. III. 9. verb.

„und dy schult yenes sy und syn nicht",

indem hier der Orhab als Schuld bezeichnet wird. Des B also ist die sittliche und rechtliche Urschuld an den gesammten dadurch veranlassten Uebelthaten, weil er deren Erzeuger gewesen.

Noch heute ist diese Vorstellung eine wahrhaft volksthümliche; nicht blos im Kindesmunde lebt sie fort. Der wegen Körperverletzung Verklagte erwidert dem Kläger: Du bist (vulgo: hast) angefangen! oder: Du bist Schuld (daran). Damit will er eben die Urschuld auf den Anderen wälzen. Denn derjenige ist nach der Volksmeinung Schuld am gesammten schädlichen und verbrecherischen Erfolg, welcher den ersten Anlass dazu gegeben hat. So finden wir im gemeinen Rechtsgefühl die germanischen Elemente wieder, welche das Juristenrecht längst ausgestossen hat. Ob bewusst, ob mit Kenntniss unsrer Rechtsgeschichte? Diese Frage macht unsre Schulweisheit stutzen, hier wie anderswo.

Freilich vergisst der A in unserm Fall darüber seine eigne Schuld, die jedenfalls in der bewiesenen Empfänglichkeit für die provocirende Einwirkung des B, m. a. W. in der Fortsetzung des Anfangs, in der Selbstbetheiligung und Rückeinwirkung auf den B gefunden werden muss. Er konnte und musste auf Nothwehr sich beschränken. Nun,

das mag der Gegner behaupten und begründen. Welcher Mitschuldige klagt denn sich selber an!

Ganz übereinstimmend in Sinn und Inhalt, meist sogar im Wortlaut, sind die übrigen bei Osenbrüggen citirten Stellen

Sächs. Weichb. Art. 16. und 46. — Vgl. Brünner Schöffenb. Nr. 112. S. 59.
Magdeb. — Breslauer Urk. von 1295. §. 9.
Magdeb. — Görlitzer Urk. von 1304. Art. 48. 71.
Bamb. Stadtr. §. 96.

Der Begriff des Orhab kommt im Sachsenspiegel, vielleicht zufällig, vielleicht wegen Unbestrittenheit, nicht vor. Nicht das Wort, aber eine technische Bezeichnung für den ersten Angriff als Anlass des Friedbruchs haben gleich anderen Quellen dieser Periode die

Goslar. Statuten, insbes. pag. 34. ff.

in dem „anverdighen mit vredebrake“, (subst. „anverdeghinge“).

Vgl. Göschen, Goslar. Stat. S. 295 und 510.

Nach Haltaus, Glossar. s. v. Anfertigen
Grimm, Deutsch. Wörterb. I. ebenda
Graff, Althochd. Sprachsch. III. S. 582

ist es abzuleiten von: anfahren, anafart, Anfahrt, als dessen Frequentativum, und bedeutet: impetere aliquem, das Hauptwort impetitio, impetus, irruptio. Möglich, dass ein sprachlicher Zusammenhang mit: geverden, gefährden, Jemanden angefährden (vgl. in der Bamb. und P. G. O. die „verdligkeyt, ferlichkeyt“) ebenfalls sich nachweisen liesse. Soviel ist klar, dass die Anverdigung bereits den weiten Begriff des ersten Anlasses (Orhab) beschränkt auf den besonderen Fall des ersten thätlichen Angriffs. In ähnlichem Sinn verwendet bekanntlich die P. G. O. das „überlauffen und anfechten“.

Dagegen findet der Orhab in abgeschwächter Form und Bedeutung sich wieder in der dänischen Rechtssprache und den verwandten nordischen, als: Ophav; davon Ophavsmand (Urheber); während sonst Zusammensetzungen mit Or (so: Orfeide) diesen Gebieten nicht ganz fremd geblieben sind. Die deutschen Quellen des späteren Mittelalters geben den Orhab in neuer und personificirter Gestalt als: Ursacher, Ursachgeber.

Freiburger Stadtr. von 1520. fol. 96. verb:
„auch darzu hilff, rat und vrsach gebe“

Vgl. auch Bamberg. und Brandenb. art. 203 verb. „vrsach — darzu gibt.“ mit dem entsprechenden art. 177 der P. G. O., wo die Worte bereits fehlen, gleichwie in deren Projecten. Dagegen hat die P. G. O. art. 148

den „Ursacher“ im Gegensatz zum „Helfer“, also in der Bedeutung: Anstifter. — Endlich zeigt sich eine begriffliche Verflüchtigung, bei sprachlicher Wiederanknüpfung, in dem „Urheber“ der Neuzeit. Der vieldeutige Gebrauch dieses Worts, und dessen Verwerflichkeit wurde bereits oben (Einleit. §. 2.) nachgewiesen.

Allein auch die Ur-Schuld als solche hat ihren wörtlichen Ausdruck gefunden in dem „Selbschuldiger“, als Gegensatz zum Folger oder Nachfolger, wie die von

Osenbrüggen a. a. O. S. 84

angezogenen Stellen des früheren Mittelalters darthun. Nur liegt m. E. hier eine vom Orhab abweichende Bedeutung zum Grunde; einmal schon in der Personificirung, sodann darin, dass Selbschuldiger den Thäter insoweit bezeichnet, als er zu That und Schuld sich selbst bestimmt hat, im Gegensatze also zu solchen Mitschuldigen, die durch seine Einwirkung sich zur Schuld haben anregen lassen. —

In ähnlicher Weise tritt uns die geistige Rückeinwirkung eines Hauptgehülfen — wenn diese verrufene Bezeichnung gestattet ist — aus den altdeutschen Quellen deutlich genug entgegen. Die Etymologie des Volleist ist bekanntlich in so hohem Grade zweifelhaft, dass Manche daran verzweifeln.

John. Das Strafr. in Norddeutschl. zur Zeit der Rechtsbücher. S. 226. Not. 23.

Das Wort findet sich in mancherlei Schreibart — eine Eigenschaft der altdeutschen Terminologie überhaupt, die nicht blos aus Dialectabweichungen, sondern mehr noch aus Entstehung und Beschaffenheit der Handschriften unschwer sich erklärt —: Volleist, Folleyst, Wolleist, Vulleist, Vullest (e), Fulliste, Folliste, Follust, Folste, Fulst. Für die Ableitung vom Folge leisten, vom Voll leisten, von Voll mit blosser Anhängsilbe (= Vollmacher) — für alles dieses lässt immer Etwas sich anführen. S. die Belegstellen in

Scherz, Glossar. s. v. Volleist,

welcher für „voll und leisten“ sich entscheidet (auxilium plene praestitum). Im Zweifel ist

Graff, Althochd. Sprachsch.,

überwiegend aber für die Ableitung von Foll mit suffixum s t (plenus, supplere). Für Voll-leisten spricht m. E. die Analogie von Volbort, vgl.

Goslar. Stat. pag. 46. Z. 34;

der Herr des frevelnden Gesindes muss sich „untsculdigen, dat he rades unde dat unde vulbort unsculdich si“.

Vgl. ebendas. pag. 89. Z. 29.

Aus der grossen Anzahl von Zeugnissen über den Volleist aber, die namentlich

Osenbrüggen a. a. O. S. 86—88

zusammengestellt, und

John a. a. O.

durch Richtsteig Landr. c. 33. §. 1: „So scrie de sacweldige selven over N (den Thäter) unde over sine unrechte vullest (al. volleist)" und ebendas. c. 35. §. 3. (nach Hom. §. 4): „Wer he oc unbenomet vorvestet (al. unuoruest benomet) alse mit unrechter vullest"

vermehrt hat, welchen Belegen ich noch hinzufüge

Gerichtsformeln der Joachimsthaler Handschr. (Hom. Richtsteig) §. 4.

„tu iodute (d. h. Gerüchte, Zetergeschrei) over eynen N mynen morder unde mynes herren — — unde over sin unrechte vulleist", sowie

Blume des Magdeb. Rechts (Hom. Richtst.) I. 77:

„Czeter ubir einen N ubir meinen morder — — der mit seinr unrechtin gewalt und bosir volleist meinen lyben bruder — — czu dem tode gebrocht hot. — — czu dem andern mol bedeutis dez morders volleist" etc., —

aus allen diesen Belegen scheint mir Folgendes zu erhellen:

1. Der Volleist ist nicht blosser geistiger (intellectueller, psychischer) Helfer. Denn er wird dem Rathhelfer gegenübergestellt als ein Thathelfer.

 Rechtsb. nach Distinct. IV. 9, 1 und IV. 10, 4:

 „dy dorczu gehulffen haben an rad unde an folleyst",

 Goslar. Stat. pag. 42. Z. 31 „an rade oder an vulleste" und anderswo.

2. Der Volleist — in den lateinischen Quellen technisch coadjutor oder coadjuvans genannt, s.

 Brünner Schöffenb. §§. 302. 397 —

 ist vielmehr ein solcher geistig-körperlicher oder gemischter Helfer (was man missbräuchlich als „physische" Gehülfenschaft bezeichnet), welcher selbstthätig und wissentlich an dem eigentlichen Thatact seinen Antheil genommen, dadurch den Willen und die Handlung des Thäters zur Vollbringung ergänzt, voll gemacht hat.

 A. M. John a. a. O.

Die volle Bestätigung meiner Ansicht finde ich aber wiederum in den reichhaltigen Citaten, welche neuerdings bringt

Behrend. Ein Stendaler Urtheilsb. aus dem 14. Jahrh. (1868). S. 29. ff.

Auch Behrend erklärt sich hier gegen John für die Ansicht: V. bezeichne „die unmittelbare Theilnahme an der That selbst, zu welcher mindestens die körperliche Gegenwart am Orte und zur Zeit der That erforderlich ist", setzt indess hinzu: „diese (d. h. die Gegenwart) ist aber auch allein und ohne jede weitere Betheiligung (?) ausreichend, um den Thatbestand der Volleist zu begründen, sofern nur die gefährliche Absicht vorliegt, oder sofern nicht nachgewiesen wird, dass die gefährliche Absicht ausgeschlossen war."

Weder der Folgerung, die hier im zweiten Satze B. aus dem ersten zieht, noch auch seiner Ansicht, dass Volleist und „Folge" anderer Quellen gleichbedeutend seien, vermag ich beizupflichten. Vielmehr scheint mir das wahre Verhältniss ein anderes zu sein:

Die erweisliche Gegenwart am Ort und zur Zeit der That ruft in Verbindung mit Anzeigen der Theilnahmeabsicht die Vermuthung einer activen, ergänzenden Betheiligung am Thatact wider den der Volleist Angeschuldigten hervor. Es wird also eben die „weitere Betheiligung" an und während der That ohne ferneren Beweis daraus gefolgert, dass Beklagter in indicirter Helferabsicht zur Stelle gewesen. Zum Beweise des Klägers ist letzterer Nachweis ausreichend, keineswegs aber „zum Thatbestande der Volleist", wie B. sich ausdrückt. Wenn wir jene Präsumtion zur Fiction erheben (was mit den Quellenzeugnissen allenfalls vereinigt werden kann), also den Gegenbeweis: der seiner Absicht und Gegenwart Ueberführte habe dennoch einer thätigen Betheiligung nicht sich schuldig gemacht, allganz ausschliessen, — selbst dann folgt für den Begriff des Volleist immer noch ganz dasselbe: Du warst erwiesenermassen in der gefährlichen Absicht gegenwärtig; also hast Du auch an der That Dich so oder so, einerlei wie, noch weiter betheiligt oder doch nöthigenfalls weiter betheiligen gewollt.

Ich meine in diesem „nächsten Helfer" oder Vollhelfer demjenigen zu begegnen, welchen die altnordischen Quellen bei dem Todschlage als haltbani d. h. den, der (beispielsweise) den Erschlagenen während der That festgehalten hat, dem daedbana (von daad: Thatschläger, Todthäter) und raedbana (von raad: Rathschläger etc.) an die Seite stellen. Ausser den von

Wilda. Strafr. der Germ. S. 611

— der freilich des Volleist zu gedenken in dem Recht seiner Periode keinen Anlass finden mogte — angezogenen Belegstellen, stütze ich

mich für den geschichtlichen Zusammenhang jener Begriffe insbesondre auf

Schwabensp. 312 (s. unten).

Wenn einer, so macht dieser die That „voll". Zunächst durch physische Mitwirkung, indem er eine in concreto erhebliche Hülfe, einen Thatantheil, selbst leistet. Sodann aber namentlich auch durch geistige, indem er während der That dem Thäter gleichsam zuruft: Schlag' (Greif) zu; ich halt's. Darin liegt ausnahmsweise eine bestärkende Einwirkung — nämlich bei Zutritt des Helfers aus eignem Antrieb —, regelmässig aber eine bestärkende Rückeinwirkung auf den entschlossenen (und anstiftenden Thäter) vor wie während der That, in jedem Falle endlich eine ganz besonders wirksame Hülfe.

Ist nun, was

Osenbrüggen. Alam. Strafr. S. 172. Not. 27

bezweifelt, die Annahme

John's, a. a. O. §§. 16. 17

gegründet, dass die blosse „Folge" ihre Eigenschaft als Beihülfe dann verliere und in Thäterschaft ausarte, wenn der Folger selbst Schaden gethan habe, so ergibt sich ohne Weiteres zuvörderst der Unterschied zwischen Volleist und Folger (nächster — entfernter Helfer), sodann des ersteren grössere, ja bei einigen Verbrechen dem Thäter gleichgestellte Strafbarkeit. Beiläufig sei bemerkt, dass die fast ausschliessliche Erwähnung der Folger wie des Volleist nur bei gewaltsamen Delicten mir mit

John a. a. O. S. 223

gegen

Osenbrüggen. Zeitschr. a. a. O. S. 86

kein hinreichendes Argument wider allgemeine Anwendbarkeit dieser Begriffe auf alle Verbrechen schlechthin abzugeben scheint. Die von John angezogene Ueberschrift

Rechtsb. nach Distinct. IV. cap. 8 „von fulge aller ungerichte"

ist zwar nicht bedeutungslos, immerhin aber als blosse vielleicht später eingeschobene Rubrik von zweifelhaftem Werth. Allein ich berufe mich für die Allgemeinheit der Anwendung auf die sichere Lesart im obencitirten

Richtsteig Landr. c. 33. §. 1,

wo über den Thäter und dessen Volleist geschrieen wird, während der Kläger seine Klage stellt

„over enen sinen vredebreker odder rovere odder dif odder wo he clagen wil".

Kommt also auch bei heimlicher Missethat ein Volleist vor, warum dann nicht ebenfalls „zugelaufene“ Folger? Freilich, nur selten mag letzteres geschehen, und daraus die Nichterwähnung solcher Diebshelfer ganz natürlich sich erklären.

Zwar ist der schwäbischen und überhaupt alamannischen Rechtssprache das Wort Volleist fremd geblieben

Osenbrüggen. Alam. Strafr. S. 166,

nicht aber der Begriff. Ich finde diesen u. A. im

Schwabensp. 312 (L.). Der den andren wundet.

Vnde ist daz ein man oder me livte einen man anlouffent. vnd er wirt wunt, einer wunden oder me. Swer die wunden geslagen hat der sol si ouch büzzen. Die da mit sint gewesen vnde en hant si weder geslagen noch gestozzen noch ienen gehebet der da wunt ist, so sint si an der wunden vnschuldig. hant aber si blozv waffen da gehaben, da hant si mit gevrevelt. daz soln si büzzen dem wunden man vnd dem rihter nach dem rechte alse da gesetzet si. etc.

S. dazu Graff, Althochd. Sprachsch. s. v. Habên (ga habên), heben = habere, tenere, halten.

Wer mit blosser Waffe gegenwärtig gewesen, nachdem er am „Anlauf“ sich betheiligt, der wird als Thathelfer fingirt (Volleist); hat er nicht mit geschlagen — nun, so hat er wohl „gehalten“.

Beachtenswerth ist ferner der Zusatz, welcher fast überall in den Rechtsbüchern sich findet: unrechter Volleist, böser V. Ich erblicke darin mehr als das verbrecherische Mitwissen, und den eignen bösen Vorsatz. Denn dies Erforderniss wird vielfältig auch bei den Folgern hervorgehoben, s. die Belege bei

Wilda. a. a. O. S. 614. ff.,

jener Zusatz aber dennoch nicht beigefügt. Von den Folgern wird vielmehr — wiederum um ihre Stärkung der Missethat zu kennzeichnen — nur gesagt, sie seien „in ipsa violentia admixti“ gewesen.

L. Sal. (Herold.) Tit. 14. §. 13.

Daraus schliesse ich, dass wir im unrechten, bösen V. jenem „consensus ad malum faciendum“ wiederbegegnen. Dieser vor allen Helfern stärkt den bösen Willen des Thäters durch Darlegung des eignen; dieser eben erfüllt das Böse im Thäter und in der That durch Uebereinstimmung im Wollen und — Gebahren. —

Die Thathülfe leitet uns endlich zur Rathhülfe.

Osenbrüggen a. a. O. S. 89. ff.

polemisirt hier vom Standpunct der Quellen gegen Berner und die ge-

sammte vorherrschende Neigung der neueren Doctrin, welche den Rath von der Anstiftung streng und scharf will unterschieden wissen. Wir müssen seinen treffenden Bemerkungen vollständig beipflichten, und können dies um so ungescheuter, als neuerdings Gesetzgebungen, geleitet von echt praktischem Geiste, jener scharfen Grenzscheidung ebenfalls nicht gefolgt sind.

S. z. B. das Preuss. St. G. B. §. 34, 1 und 2.

Vgl. nunmehr auch Berner. Grunds. des Pr. Strafr. S. 27.

Der „Rath" bildet eine Hauptform der verbrecherischen geistigen Einwirkung auf den Thäter beziehungsweise gemischten Helfer. In dieser Form liegt als Inhalt beschlossen je nach den concreten Umständen bald ein Bestärkungswille, bald ein Anstiftungswille, bald endlich Beides alternativ. Das Erste, wenn der Rather den Thäter bereits entschlossen, das Zweite wenn er ihn nichtentschlossen weiss; das Dritte — doch wahrlich kein seltener Fall! — wenn er eben nicht weiss, ob der Geist des Andern Jenes oder Dieses sei. Dann will der Rather dessen bösen Willen: entweder stärken oder hervorrufen; er will Beides gleichzeitig, denn er will den Zweck schlechthin, dass der Andre ganz wollen und handeln soll.

Mit vollem Recht halten daher die Quellen dieser Periode — und nicht weniger die italischen Criminalisten in ihrem „consilium" — ihre Ausdrücke gewissermassen schwebend über diesen Möglichkeiten, und der Tadel bei

Hälschner. Syst. I. S. 337

ist praktischen Zeiten gegenüber sicherlich unberechtigt. Man vergleiche nur die bei

Osenbrüggen a. a. O. S. 89 sub III. und
John a. a. O. §. 17. S. 226 und 229

angezogenen zahlreichen Quellenzeugnisse, welche des Raths erwähnen; man wird finden, dass dieselben bald blosse Rathhülfe, bald geradezu Rathanstiftung, bald endlich Beides als ununterschieden beabsichtigt voraussetzen. Dem von genannten Schriftstellern citirten besonders characteristischen

Kulmer Stadtr. V. 30. 32

entspricht überdies auch

Schwabensp. Art. 226

und dessen kürzere Redaction im

Rechtsb. Ruprechts von Freisingen. I. 148.

Vgl. noch aus späterer Zeit

Wormser Reformation (1498). VI. 2, 19:

So eyner den andern hiesse oder zurichte und gelt gebe, yemanndt todt zu schlagen, und der selb thett solichs: die sollen beyd gleych des todes verurtheylt unnd gericht werden,

mit

Schwabensp. Artt. 171 und 368 (L.):

Swer ein mensche dar zv twinget daz er meines sweret. Ist er schuldig an dem eide? Wir sprechen also, si sint beide schuldig. vnd wirt einer vberredet dez mein eides alse hie vor gesprochen ist, wen sol si beide gelich büzzen.

— — und alle die — — ez ratent oder lerent, — — den sol man daz hovbet ab slahen.

Nicht einmal da, wo — was bekanntlich sehr häufig geschieht — Rath oder Hülfe neben einander und dem Anschein nach gegenübergestellt werden, ist darin der reine Gegensatz von intellectueller und sogenannter physischer Hülfe enthalten, sondern im Rath nicht selten die Anstiftung mitbegriffen. So im

Schwabensp. Art. 227 (L.) verb.

Swer rat oder helfe einem menschen tut, daz er stele etc.

Jedenfalls aber findet sich jener reine Gegensatz in einer für unsern Vorwurf besonders beweisenden Stelle, welche auch John a. a. O. heranzieht.

Constit. Langobardica de venefitiis. ann. 1054
(bei Pertz. Monum. Tom. leg. II. S. 42):

Quicunque venefitio seu quolibet modo furtivae mortis aliquem peremerit, aut inde consentiens fuerit, mortis sententiam incurrat — — Si quis vero praedicti criminis aut de facto aut de consensu accusatus, negare voluerit etc.

Die Stelle zeigt wiederum, dass man schon damals von richtigem Gefühl geleitet die verbrecherische Mitschuld im consensus de crimine suchte und fand.

Vgl. oben §. 21 und den Anf. gegenw. §.

Ich füge noch hinzu

Capitular. libr. IV. c. 33. De falsa moneta.

Qui eam percussisse comprobatus fuerit, manus ei amputetur; et qui hoc consensit, sexaginta solidos componat.

Im consensus de crimine aber liegt wiederum die durch solche Uebereinstimmung bewerkstelligte geistige Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung. Zwar hob man dies namentlich hervor bei der blos geistigen Hülfe beziehungsweise der Anstiftung; allein nicht ohne zugleich ganz allgemein in jeder Hülfe dies Schuldmoment zu erkennen (pere-

merit aut inde consentiens fuerit). Letzteres veranlasst mich, jene Worte der Constit. Langob. cit. so zu verstehen: aut de facto (der Thäterschaft beziehungsweise Thathülfe) aut de mero consensu (der Anstiftung beziehungsweise Rathhülfe) accusatus. Erst so erhält die ganze Stelle ihre erschöpfende Erklärung, bei welcher wir uns hier auf die verbrecherische Hülfe beschränken müssen:

> Jede geistige — natürlich die bewusste, gewollte — Einwirkung auf den Thäter begründet Mitschuld am Verbrechen, nicht blos die körperlich-geistige (consensu et facto), sondern auch die lediglich geistige Hülfe (consensu s. strict., solo consensu).

Erst von diesem Gesichtspunct aus versteht man vollkommen, welch tiefer Sinn darin liegt, wenn einzelne Quellen dieser Periode mit fast ermüdender Wiederholung die Helfer eines Thäters die „Beholfenen" (d. h. Behülflichen) nennen — was sie in anderem, passivem Sinn auch von diesem Thäter aussagen könnten —, den letzteren aber auch den „Berathenen". Vgl. die bei

Geib, a. a. O. S. 332. ff. citirten
Statuten von Nordhausen. A. §§. 8—10. 17. 22. 53.
Ebendas. B. §§. 29—31. 34.
Stadtr. von Speier. §. 10. —

So beginnen allmälig die Sonderbegriffe des Volleist und des Folgers sich zu verflüchtigen, das coadjuvare jede Hülfe (und Anstiftung) zu umfassen, und der allgemeine Begriff einer Mitschuld, als der geistigen Mitwirkung zum Verbrechen um so reiner hervorzutreten.

Irre ich nicht, so ist eben dieser Standpunct bereits der des Sachsenspiegels und der ihm verwandten Rechtsbücher. Zwar geschieht des Volleist oder der Folge oder gar Beider vorübergehend noch Erwähnung. Zwar stehen sie also mit dem einen Fusse noch im Gebiet der älteren naiveren Sonderbegriffe. Mit dem andern Fusse aber treten sie in die geläuterte allgemeinere Auffassung hinüber, indem sie die Mitwirkung zur Missethat bald mehr äusserlich und objectiv als „Förderung", bald innerlicher und subjectiver als „Stärkung" bezeichnen. Jedenfalls ist der rechte Boden schon halbwegs wiedergewonnen. Statt aller mögen hier nur die bekanntesten Zeugnisse aus diesem Quellenkreise folgen.

Sachsensp. II. 13. §. 6:

> Der dube hutet oder roub, oder jemanne mit helfe dar zu sterket, wirt her des verwunden, man sal uber in richten als uber jene. Vgl. Das. II. 72. §. 4. a. E.

Womit fast wörtlich übereinstimmt der

Spiegel deutscher Leute (Ficker). 111.

Ferner:

Sachsensp. III. 46. §. 2. verb.:

— doch mac man rates und hulfe mer lute schuldigen".

III. 78. §. 9. a. E. verb. — „ane sinen rat und ane sine tat".

Goslar Stat. pag. 38. Z. 15. Z. 24. ff.

Alle mördere — — oder mordbernere, oder de se vörderet to der dat, de scal men radebraken.

We ok disser enen to dissen dinghen vörderet mit rade oder mit hülpe, — — dat selve recht scolde over ine gan, dat over dene gan scolde, de den bröke dede.

Ebendas. pag. 47. Z. 34:

Wene men aver scüldighet umme de dat oder rat, de mot sich des untscüldighen etc.

Vgl. auch pag. 46. Z. 34. pag. 89. Z. 29.

Aber auch anderswo zeigt sich derselbe Standpunct, so im

Prager Rechtsb. §. 35:

Wer dyebe oder rawber behaldet, oder ymant dorzu sterket, vber den schol man richten als vber genen, der sie tut.

Und nicht anders im Gebiet des Schwabenspiegels; s. das. art. 174. (L.):

Swer diebe oder morder huset oder hovet oder si mit helfe sterket — — wen sol vber in rihten alse vber jenen. (Die Stelle fehlt einigen Handschr.)

Ebendas. Art. 234:

Vert ein man vs vnd wil rouben vnde füret lüte mit im die im helfen. vnd si nement einen rovp vnde fürent in enweg. Nu weder werdent die alle schuldig an dem roube oder nüt. Der eine der si uz brachte? Ich spriche si sint alle schuldig. wann er eine mochte den rovp nüt dannan han bracht wan mit der andren helfe. — — vnde sol in für den rihter füren. vnde ist ez der helfer einer. wen sol vber in rihten alse vber den selbschuldigen.

Mit der Hülfe wie mit dem Rath, stärkt man den Thäter, fördert man die That. Dabei wird nicht genauer unterschieden, ob der Helfer vom Thäter angestiftet ist oder aus eignem Antrieb dem Thäter helfend oder rathend zur Seite tritt, mit andern Worten ob die Stärkung des Thäterwillens auf dem Wege der Rückeinwirkung oder der Einwirkung stattgefunden hat. Schon die Zusammenfassung von Rathhülfe und Anstiftung im „Rath" musste der Unterscheidung entgegenstehen.

Diese Stufe der Erkenntniss hatte bereits im 13. bis 14. Jahrhundert das germanische Recht erstiegen. Wieweit der Fortschritt unter dem Einfluss der canonischen Quellen geschehen ist oder ohne solchen, mag dahin gestellt bleiben. Ich trete vor dem Wagniss zurück, einen gewissen Zusammenhang hier hinwegzuleugnen. Für denselben spricht jedenfalls die Continuität der Auffassung aus der Zeit der Volksrechte. Dass aber das römisch-justinianische Recht dabei direct betheiligt nicht gewesen, lässt nach dem Gesammtcharacter der Rechtsbücher schon eher sich behaupten. Vielleicht dürfte für die Behauptung auch der notorische Umstand in die Wagschale fallen, dass eine ähnliche wenn gleich sporadisch auftretende Anschauung der Römer dem Scharfblick unserer Criminalisten bis auf den heutigen Tag sich entzogen hat.

§. 23.

C. Die Italischen Praktiker.

Unsre geschichtliche Entwickelung steht bereits auf der Schwelle der Periode, in welcher, befördert durch den Zusammenstoss des fremden und einheimischen Rechts, eine Umgestaltung und Codification des Strafrechts erfolgte. Auch in diesem Zeitabschnitt fehlt es nicht an positivrechtlichen Anerkennungen unsres Princips. Deren vereinzeltes Auftreten darf nicht Wunder nehmen. Ein allgemeiner Gährungsprocess konnte umsichtiger und allseitiger Verarbeitung von ethisch-rechtlichen Grundsätzen so des römisch-canonischen wie des germanischen Rechtstoffes sonderlich günstig nicht sein. Umfassende praktische Aufgaben, welche der Lösung harrten, mussten deren Ausbeutung in den Hintergrund schieben. Dazu kommt, dass aus gutem Grunde die vorwiegende Arbeit dem Strafverfahren sich zuwendete, das Strafrecht nur gelegentlich — bei der Lehre vom Urtheil etwa — herbeigezogen wurde. Bekanntlich wollen die Halsgerichts- oder Peinlichen Gerichts-Ordnungen dieser Zeit — wie schon der Name lehrt, noch mehr der Inhalt zeigt — Strafprocessordnungen sein, nicht Strafgesetzbücher. So die Bambergische, so die Carl V., so auch deren unmittelbare Vorläufer, die Tiroler und Radolphzeller.

Die Thatsache, dass Schwarzenberg von den auch in Deutschland verbreiteten und hochgeschätzten Schriften der sogenannten italischen Praktiker — wir meinen die Criminalisten unter diesen — Kenntniss nahm und nicht unwesentlich sich beeinflussen liess, diese Thatsache erringt sich heute immer allgemeinere Anerkennung.

Vgl. Hälschner, Gesch. des Brand. Preuss. Strafr. §. 9.

Bei diesen Juristen, den Oraceln der Praxis, deren hervorragendste Capacitäten eben dem 14. bis 17. Jahrhundert angehören, hatte eine Theorie der Verbrecherconcurrenz sich gebildet, deren Eigenthümlichkeit weniger im Inhalt als in der Form der Behandlung, weniger in der begrifflichen Auffassung als in der technischen Bezeichnung sowie darin besteht, dass diese eine durchaus feststehende wurde. In die Schablone einer an sich einfachen Terminologie hineingezwängt, müssen die Begriffe und deren ethische Grundlagen nothwendig einigen Schaden nehmen. Doch keineswegs bis zur Unkenntlichkeit. Vielmehr tauchen sporadisch sogar recht deutliche Spuren des wahren Princips herauf.

In der Bezeichnung des Thäters als reus principalis oder faciens folgen die genannten Schriftsteller von Albertus de Gandino († 1300) bis auf Clarus († 1575) und Farinacius († 1613) dem römischen Recht. Jenem stellen sie alle übrigen participes criminis gegenüber — ein Verfahren, das m. E. nur Beistimmung verdient, auch in neueren Gesetzgebungen bekanntlich gefunden hat —, und unterscheiden dabei einerseits auxilium, als sogenannte physische, andrerseits mandatum und consilium als Formen der lediglich intellectuellen Theilnahme. Im auxiliator und consiliator erkennen wir unschwer den Thathelfer und Rathhelfer der Quellen jener Zeit; doch mit zwei Zusätzen, die ebenso viele Fehler sind. Einmal will man bei allen Verbrechen, mit Ausnahme der atrocissima, die gleiche Strafbarkeit aller Betheiligten zur Regel erheben — eine Abfindung mit dem römischen Recht —, die erwähnten Helfer aber dem Thäter gleich oder milder bestrafen, jenachdem der Thäter ohne ihre Hülfe die That nicht oder dennoch würde begangen haben, jenachdem sie demgemäss als causam delicto dantes erscheinen oder nicht. Hier haben wir den Ursprung jener falschen Causalitätstheorie, die später als Mit-, Haupt- und Nebenursache, als unentbehrliche und entbehrliche Hülfe wiederauflebte und, auch in dieser Gestalt aus dem Felde geschlagen, noch heute als wesentliche und unwesentliche Theilnahme ein schwächliches Dasein fristet.

S. Hälschner. Syst. S. 338 ff. über die Unterscheidung des Preuss. St. G. B. §. 35.

Sodann verkannten die italischen Juristen, dass auch im auxilium, der Thathülfe, eine geistige Mitwirkung und Einwirkung auf den Thäterwillen enthalten sei, — ein folgenschwerer Irrthum, der noch heute in dem unwahren Begriff der „physischen Beihülfe“ fortlebt.

Das mandatum aber, als technische Bezeichnung für Anstiftung, leitete die Mehrzahl jener Criminalisten auf eine Fährte, die um ein Weniges weiter verfolgt, reiche Beute liefern musste. Bewusst oder

unbewusst knüpfen sie den rothen Faden wiederum zusammen, der durch die älteren Rechte sich hindurchschlingt (s. oben §§. 19—22). Oder sagen wir genauer: theils bewusst, theils unbewusst. Bewusst insofern, als eben die Glosse zum römischen Recht ihnen die Handhabe bietet.

Glossa (Accurs.) ad L. 4. §. 3. D. de his qui notantur etc. 3, 2: „Eum qui in servitute". id est, donec fuit servus, exercuit lenocinium et non praecepto domini: hic erit infamis liber factus. Sed contra L. 24. h. t. ubi in libertate, non nocet. Sol. ibi in se delinquit: hic in alium: quod plus est: quia tunc et se et alium corrumpit: et ideo plus punitur: ut in authent. ut judex sine quoquo suffrag. §. eos col. II. (S. oben §. 19. a. E. Nov. 8. c. 8.)

Gothofr. l. l. fügt noch hinzu die L. 43. §. 5. D. de ritu nupt. 23, 2.

Unbewusst dagegen, oder wenigstens uneingestanden, werden sie, mit ihrer Vorgängerin der Glosse, vom canonischen Recht beeinflusst, und zwar vorwiegend. Denn nimmer konnten die schlichten Worte des Ulpian und Pomponius in L. 4. §. 3. D. cit etc. jenen Gedankengang im Glossator hervorrufen; vielmehr trägt dieser seine fertige und anderswoher geschöpfte Auffassung in die Digestenstelle hinein.

Genug, die Glosse, beeinflusst von der canonistischen Lehre des Seelenmordes, in welchen wie oben gezeigt die Vorstellung von der contagiösen Macht der geistigen bösen Einwirkung seit Augustinus sich verpuppt hatte — die Glosse ist es, welche den Uebergang dieser fruchtbaren Idee auf ihre Nachfolger, die italischen Criminalisten, vermittelt hat. Die Glosse ist es, auf welche einzelne derselben ausdrücklich sich berufen, vor Allen aber der letzte von ihnen, welchen ich den Accursius der italischen Criminalisten nennen mögte, weil er die Ergebnisse seiner Vorläufer am Vollständigsten zu sammeln bemüht ist, nämlich Farinacius. Folgen wir nunmehr dieser Entwickelung in chronologischer Ordnung.

Um den an sich irrigen Lehrsatz zu begründen: der Anstifter (mandans) sei sogar strafwürdiger als der Angestiftete (mandatarius) — sagt zunächst der Irnerius unsrer Schule, nämlich

Albertus de Gandino († um 1300) im Tract. de maleficiis (als Anhang abgedr. im gleichnamigen Werke des Angelus Aretinus. Venet. 1598). Rubr. de poenis reorum. nr. 12 sqq.:

Sed quis eorum magis peccat? respondeo: mandans, quia autor est peccati, quia ipse peccat in se, et alium peccare facit, et ideo acerbius puniendus est quam si propriis manibus offendisset — —. Et sunt ista efficacissima argum. contra facientes aliquos offendi per assassinos, ut acerbius puniantur, quam si propr. manib. offendissent, geminum nam facinus perpetrare videtur qui per assassinos aliquem facit offendi — —, quod plus puniantur illi qui incipiunt rixam etc.

Beachtenswerth ist in den Schlussworten eine Hindeutung auf das malum inchoatum des Langobardischen Rechts, und den Orhab des germanischen Rechts jener Zeit.

Nachdem zeitweilig eine Opposition wider jenen Lehrsatz und die ihm zu Grunde liegende Auffassung bei

Bonifacius de Vitalinis (um 1450), Tractat. super malefic. (ebenfalls abgedr. a. a. O.) Rubr. de insultu etc. nr. 24,

aufgetaucht war, welcher für gleiche Bestrafung des mandans und mandatarius eine Lanze einlegt, betritt sie dennoch wiederum die arena in den

Apostill. Augustini de Arimino ad Angel. Aretini Tract. de malefic. verb. Et Sempronium Rudolphi etc. nr. 37:

— — majori poena punitur mandans quam faciens delictum: quia mandans plus delinquit, quia illud dicitur majus delictum, quod dinumeratur inter plures personas facientes etc. Sodann sei der mandans nicht accessorius ad delictum, sondern principalis.

Können wir Letzteres nur halbwegs zugeben, einräumend dass er nicht accessorius, aber bestreitend dass er reus principalis sei, — so eröffnet sich uns hier der weittragende Gedanke: die Summe des Bösen ist grösser, wo mehrere Geister zur bösen That zusammenwirken. Wenn sie auf mehrere Mitschuldige sich vertheilt, dann wächst die böse That für jeden derselben. Diese Worte sind uns aus der Seele geschrieben.

Aehnlich, aber obigen Fehler meidend, verfährt

Aegid. Bossius († 1546). Tract. varii etc. Tit. de poenis. nr. 16:

Nam magis delinquit mandans quam mandatarius, ut per Jason. etc. Tit. de mandato ad homicid. nr. 1:

— — Et primo scias, quod talis mandans plus est quam homicida, quia delinquit in se et in alium, quem cor-

rumpit: qua ratione et si dicatur princeps delicti, tamen proprie non est homicida, sed per interpretationem: proprie vero est homicida, qui propriis manibus committit homicidium etc.

Eod. tit. nr. 59: Quaero, quid juris sit in consulente fieri delictum — — et communis conclusio est secundum eum, quod tenetur pari poena sicut faciens, si absque eo consilio non erat facturus, alias non tenetur eadem poena sed punitur mitius etc.

und dessen Nachfolger

Jac. Menochius († um 1600). De arbitrar. judic. quaest. et causs. II. Cas. 352. nr. 1 und nr. 14:

— Imo gravius ipso mandatario esset puniendus, quum plus eo (ut mox dicam) delinquat — — mandatarius fateatur in actis, se sua sponte et non ex mandato deliquisse — —

Cas. 353. nr. 4:

— imo plus delinquere dicitur mandans quam ipsemet mandatarius delinquens: cum ipse delinquat, et etiam alium ad delinquendum impellat etc.

Dagegen aber plädiren wiederum namentlich

Jul. Clarus († 1575). Práct. criminal. Qu. 88. 89,

und fast gleichzeitig

Tiber. Decianus. Tract. criminal. IX. Qu. 32. nr. 4,

indem sie für gleiche oder gar mildere Bestrafung des Anstifters sich erklären, Ersterer die obige Auffassung nicht einmal ausdrücklich anführt. Doch thut Decianus l. l. einen glücklichen Griff, der für die Unterscheidung zwischen Anstifter und Thäter wichtig werden konnte, aber, obgleich kurz citirt von

Carpzov. Pract. nov. Pars I. Qu. 4. nr. 12,

wenig beachtet verschollen ist:

mandatarius est causa delicti secunda, sed proximior effectui.

Die wahre Grundlage der Lehre von der Verbrecherconcurrenz änderte in diesem Meinungstreite mehr die Gestalt als den Gehalt. Dies zeigt ein Blick auf die alle Vorgänger, und zwar von der Glosse an, zusammenfassende Schlussdarstellung der Frage bei

Prosp. Farinacius († 1613). Opera omnia. IX. Qu. 135. nr. 6:

— Quia mandans plus delinquit quam mandatarius nam primo delinquit in se, secundo in mandatarium,

tertio in occisum: mandatarius autem non delinquit nisi in se (?), et in interfectum; allegatur communiter glos. in leg. athletas §. Pomponius etc. (L. 4. §. 3. D. 3, 2), quam in proposito referendo sequuti sunt etc. (hier werden u. A. Baldus und Jason citirt) — Ubi dixit, quod quantum ad effectum juris et facti mandans est plus quam homicida. (Folgen Citate aus Gandinus, Augustinus ad Angel., Bossius etc., und vom Decianus wird gesagt) — Ubi arguit pro et contra, et postea in hac residet sententia, quando post mandatum est secutum delictum: et sic unite considerando mandatum cum delicto secuto: licet secus credat considerando mand. separatum a delicto etc.

In den hervorgehobenen Worten des Farinacius ist richtig, was vom mandans gesagt wird, und damit der Schwerpunct der Lehre angedeutet: des Anstifters Schuld besteht einmal in der Selbstbestimmung zum Verbrechen, und sodann in der Erweckung des verbrecherischen Entschlusses im Angestifteten. Ganz irrig aber ist die Kennzeichnung des letzteren, und damit die Spur auf halbem Wege zum Ziel wiederum verlassen. Denn dem Angestifteten fällt nicht blos zur Last, dass er in Folge der Anstiftung sich selbst zum Verbrechen bestimmt, sondern eben auch dies: dass er durch das Sichanstiftenlassen den verbrecherischen Willen des Anstifters bestärkt, d. h. die Rückeinwirkung auf den Anstifter. Vor dem Satze „non delinquit nisi in se" musste die italischen Criminalisten schon die Analogie des privatrechtlichen Begriffs bewahren, den sie selbst ausschliesslich verwenden. Der Mandatsvertrag wird erst dadurch consensu geschlossen, dass der Mandatar die angetragene Geschäftsführung übernimmt.

Gesetzt, Gandinus, Farinacius und die dazwischenstehenden Vertreter jener Ansicht hätten vielmehr unternommen, die gleiche Strafbarkeit Beider zu begründen, möglich dass ihnen dann in der geistigen Rückeinwirkung des angestifteten Thäters und in dessen Thäterschaft die ratio der höchstens gleichen Strafbarkeit klar geworden und somit die richtige Theorie vollständig zum Durchbruch gelangt wäre! Es war nicht einmal die von

Hälschner, Syst. I. S. 365 bei Not. 1

geltend gemachte Erwägung vonnöthen, dass der Mandans wahrscheinlich das Verbrechen nicht (selbst) würde begangen haben, wenn der Mandatar sich nicht hätte bestimmen lassen. Die Klippe, an welcher jene Criminalisten Schiffbruch litten, war vermieden, wenn sie mit dem gesunden Verstande von dem Thäter (faciens) als dem Hauptschuldigen ausgingen, und dann erst die Frage aufwarfen: Wie ist nun, wenn

Jemand den Thäter angestiftet hat, die Mitschuld dieses „Mandans“ zu bestimmen?

§. 24.

D. Unmittelbare Vorgänger der Bambergensis und Carolina, insbesondere die Wormser Reformation.

Kehren wir zur Gesetzgebung zurück. Die Reformation der Wormser Statuten vom J. 1498 hat uns bereits oben im §. 22. eine anticipirte Belegstelle geboten. Sie bietet deren aber noch manche andre, jede insofern bedeutungsvoll, als das reformirte Strafgesetzbuch an der Schwelle des grossen Wendepunctes steht, welchen die Bambergensis bezeichnet, und obendrein offensichtlich zu deren Quellen zählt. Man vergleiche nur hinsichtlich der Tödtung im Raufhandel den ausführlichen

Tit. 19. Buch VI. Theil II der Wormser Reformation

mit Art. 174 der Bambergensis und dem gleichsehr berühmten und berüchtigten Art. 148 der P. G. O.

Nichts liegt uns ferner, als den genannten Art. 148 zum Mittelpunct unsrer Entwickelung zu wählen, und zwar nicht blos darum, weil es heute wie von Alters her ein undankbares Geschäft ist, Eulen nach Athen zu tragen. Vielmehr glaube ich, dass das Uebermass der Anspannung, womit man auf dessen Auslegung sich zu werfen, und zu untersuchen pflegt, wo seine wahre Quelle liege, ob in der

L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2,

ob im

cap. 6. X. de homicid.,

ob in einem bestimmten einzelnen Vorläufer der Bambergensis, — dass eben dieses Verfahren auf Abwege geführt hat und führen musste. Der Art. 148 der P. G. O. wie der entsprechende Art. 174 der Bambergensis ist nicht mehr und nicht minder als ein Glied in der Kette von Bestimmungen über Verbrecherconcurrenz — und obendrein nur für Specialfälle eines einzelnen Delicts —, an welchen die Codificationen jener Zeit nichts weniger als arm sind.

Ein praktisches Problem hat m. E. jene Artikel wie deren zahlreiche Vorläufer recht eigentlich veranlasst, die Frage:

> Wenn einem (etwa im Raufhandel) Getödteten von jedem unter mehreren Betheiligten tödtliche Verletzungen beigebracht sind, und man die in concreto tödtende That und Wunde — also auch den concreten Todschläger — erweislich machen

nicht kann, ob dann jene Alle oder aber Keiner von ihnen als Todschläger anzusehen und zu strafen sei; m. a. W.: Was verdient in solchem Fall den Vorzug: Die Zurechnung der ganzen That für mehrere Unschuldige — denn Einer kann doch nur der Tödter sein —, oder die Nichtzurechnung der ganzen That für den wirklich Schuldigen?

Soll man also bei Unerweislichkeit der Todesursache lieber den unbekannten Schuldigen freisprechen oder den Unschuldigen verurtheilen?

Das neunzehnte Jahrhundert darf nicht anstehen, für Ersteres zu entscheiden. Es beruht aber auf dem Geist der Zeit, welche Wahl man trifft. Reichhaltiges Material für die Frage hat u. A. gesammelt

Berlich, Concl. practicab. Pars IV. Concl. XI. nr. 8—19.

Dieser aber lässt unbeachtet, dass den humanen Standpunct: Eher beide möglicherweise Schuldigen freisprechen, als Gefahr laufen einen möglicherweise Unschuldigen zu verdammen — im Allgemeinen bereits einnimmt das

Kaiserrecht (Endemann) Thl. II. Cap. 60.

Da man zwene vahet, einen schuldigen vnd einen unschuldigen. (De captione rei et innocentis.)

Der keiser hat geboten vn gesatzt, wa zwei menschen werden gefangen vm ein vntat, die einer hat getan, vnd doch nieman kan die warheit befinden, wer der schuldig sy an den vbelteten, da hat der keiser gesprochen: daz man sie beide sulle laszen leben; wen ez beszer sy, daz der schuldig lebendig belib, den daz man den vnschuldigen verderbe durch dez schuldigen willen. Sint in des riches rechte stet gesc.: man sal den schuldigen laszen gen, daz der vnschuldig icht verderbe.

Die Quelle sind die Schlussworte von

Capitular. VII. 191:

— — quia indignum est ut vita innocentis ulla maculetur pernicie.

Vgl. auch L. Visigoth. VI. Tit. 1. §. 8.

Quod ille solus culpabilis erit, qui culpanda commiserit (Ueberschr.) — — Omnia crimina suos sequantur auctores.

Im Allgemeinen, sagten wir, wird dieser Standpunct eingenommen; und zwar, was characteristisch ist, von Rechtsquellen, die als unmittelbare Ausflüsse der kaiserlichen, königlichen Gewalt sich zu erkennen geben. Die Fälle aber, welche dem Kaiserrecht und dessen Vorläufern dabei vorschwebten, diese Fälle kennen wir nicht. Möglich, aber fraglich, ob auch an Tödtung durch Mehrere im Raufhandel,

Tumult etc. gedacht wurde. Oder vielmehr lediglich an den Fall, wo die That eines Einzelnen vorlag, man aber erweislich machen nicht konnte, ob A beziehungsweise B der Thäter oder der allganz Unbetheiligte gewesen. Allein, wollte man den allgemein ausgesprochenen Grundsatz wirklich durchführen, dann mussten folgerichtig auch die mehreren am Raufhandel betheiligten Verletzer des X, welcher in Folge der Verletzungen gestorben, ohne dass man wusste an wessen Verwundung, alle nur der Körperverletzung schuldig erkannt, von der Tödtung wegen mangelnden Beweises aber freigesprochen werden.

Dass die Zeit der Volksrechte durchgehend anders zu denken und zu entscheiden scheint,

L. Sal. 45 (46). L. Ripuar. 64 (66).
L. Angl. et Werin. Tit. 10. §. 9,

dass hier bei homicidium in convivio factum die Mitschuldigen den Schuldigen herausgeben, wenn nicht, bis zur Siebenzahl die Busse entrichten müssen, bei Tödtung in hariraida die „tres priores" oder „primores" das Wehrgeld schlechthin zu zahlen haben — dies kann unter der Herrschaft und für das Gebiet der Privatcomposition kaum auffallen. Erst das System der öffentlichen Strafe war es, welches, in den Anfängen seiner Ausbildung begriffen, die Frage sich vorzulegen hatte: Kann Jemand als Thäter (öffentlich) gestraft werden, wenn der Beweis der Thäterschaft eben fehlt, einer aber von den Angeschuldigten nothwendigerweise der Thäter sein muss? oder specieller gefasst: Ist Jemand als Tödter zu strafen, wenn zwar die Verletzer erwiesen sind, nicht aber wer unter ihnen der Tödter gewesen?

Nach Massgabe ihres Princips befand sich die Gesetzgebung des neunten bis vierzehnten Jahrhunderts auf dem Wege, für das Gebiet der erstarkenden öffentlichen Strafe den Knoten mit einem Non possumus (punire innocentem) zu zerhauen. Die Stadtrechtsbücher und Urtheile des funfzehnten Jahrhunderts dagegen stehen anerkanntermassen auf dem entgegengesetzten Standpunct, und zwar für den höchst schwierigen Fall des Todschlags im Raufhandel: Man strafe bei Unerweislichkeit des Tödters alle erweislichen Verletzer als Todschläger. Dann hat man sicher auch den Schuldigen getroffen!

Wodurch aber ist dieser Grundsatz zum Siege gelangt? Dieses Theils der Untersuchung überhebt uns die lehrreiche Quellenforschung, welche im Norddeutschen Strafrecht eben dieser Periode angestellt hat

John. Das Strafr. in Nordeutschl. etc. S. 193—210.

Die Rechtsbücher, aus leichtbegreiflichem Grunde vorwiegend die

Stadtrechte, haben — vom Wehrgelde zur öffentlichen Strafe fortschreitend — die werdenden humanen Grundsätze des Reichsrechts für diesen Anwendungsfall in Stockung versetzt und so die Ausnahmebestimmungen der neueren Reichsgesetzgebung veranlasst. Den Abschluss der Entwickelung zeigt bereits das

Hamburg. Recht von 1497. O. 7. (s. John. a. a. O. S. 198.)

Wert eyn doet gheslaghen van mer luden de alle hantdadich syn, vnde men kan nycht vnderscheden we em den doet gewracht heft: se moten alle den mord beteren. Mach men auerst vnderscheden, we den doet ghedan vnde gewracht heft, de schal dar vmme lyden; vnde iewelyck der anderen mot beteren slachtinge efte wundinge van eme begangen. Weren se ock alle nycht hantdadich, vnde men kan nycht to der warheit kamen we de hantdadige sy: se blyuen alle vngheuaret.

Ganz ebenso entscheiden nun auch süddeutsche gleichzeitige Rechtsquellen, soweit sie des genannten Falls ausdrücklich Erwähnung thun — was z. B. in der Tiroler und Radolphzeller Malefizordnung nicht geschieht —, und namentlich eben die

Wormser Reformation l. l. (VI. 2. 19. a. Schluss) verb.

So in einem auflauff, das vorbetrechtlich oder auffsetzlich geschehe, drey vier fünff oder mehr zusammen schlügen, vnd einer vnder denselben leibloss würde, vnd hetten vil auff jn geschlagen, vnd wisste man nit, welcher jm die todt wunden gehawen oder gestochen, alle die denselben ertödten geschlagen hetten, weren schuldig des todts.

Nunmehr heisst es weiter:

Wenn man aber eygentlich wissens hette, von welchs streich oder wunden derselb ertödtet, were derselb allein schuldig des todts, vnd die andern sträfflich der verwundung fräuels vnd fridbruchs halben.

(Vgl. art. 148 med. der P. G. O.)

So aber offenbar vnd wissentlich were, das etwa vil einen oder mehr andere angelauffen vnd geschlagen hetten vorbetrechtlich des gemüts vnd meynung todt zu schlagen, vnd alsdann einer oder mehr todt blieben, dieselben alle seind schuldig des todts.

(Vgl. art. 148 cit. princ.)

Solch gemüt vnd meynung todtzuschlagen, erklären vnd erkennen wir durch diss unser Statut zu vernemmen auss dem,

so einer auffsetzlich vorbetrechtlich einen andern anlaufft, auf jn springt oder angeht mit aussgereckten mörtlichen Waffen begert jn zuletzten.

Also ein Zug der Zeit im Süden wie im Norden Deutschlands, ausgeprägt eben am Schluss des funfzehnten Jahrhunderts, welchem auch Schwarzenberg und Carl V. sich zu entziehen nicht vermogten. Die Ursache jener Richtung liegt m. E. weniger in einer Anknüpfung an die gemeinschaftliche Zahlung des Wehrgeldes (die „adunatio" der Volksrechte), als vielmehr in Gründen der Praxis und der Criminalpolitik. Der Praxis — denn der Beweis der wahren Todesursache schien dadurch erleichtert, gefördert zu werden, dass man allen thätlich Betheiligten für den Fall der Unerfindlichkeit mit gleicher Verantwortlichkeit drohte. Der Criminalpolitik — um den immer häufiger werdenden Tödtungen im Raufhandel durch jene abschreckende Bestimmung ein Ziel zu setzen. Des Widerspruchs gegen die einfachsten Regeln der Humanität, wenn nicht gar der Logik, konnte man sich dabei sehr wohl bewusst bleiben. —

Dieser nothgedrungene Streifzug auf ein benachbartes Gebiet sollte unserm weiteren Vormarsch den Rücken decken. Den Mittelpunct der Lehre von der Verbrecherconcurrenz finde ich nämlich nicht im Art. 148. der P. G. O. — umsoweniger, als derselbe ja Ausnahmebestimmungen liefern will —, sondern in deren Art. 177. Nur dieser redet allgemein, und enthält eben darin schon einen unverkennbaren Fortschritt, man mag was immer sonst daran tadeln. Prüfen wir den Standpunct der unmittelbar vorhergehenden Rechtsquellen.

Den Reigen eröffnet die bereits angezogene Wormser Reformation vom J. 1498, und zwar in überaus lehrreichen aber wenig beachteten Distinctionen. Am Klarsten und Vollständigsten spricht, und dient daher als Erklärungsmaterial für die übrigen kürzeren Bestimmungen, der bereits theilweise citirte und sehr reichhaltige

Tit. 19. med. im Buch VI. Theil 2.

Pass. 1. Welcher einem todtschlager rath hilff beystand zulegung oder fürschub thete in oder zu der bösen That — —, dem soll ein handt abgehawen werden.

Pass. 2. So einer aber vrsach gebe des todts mit handt anlegte vnd hülffe einen zum todt bringen, der soll als ein todtschlager geurtheilt vnd gestrafft werden.

Pass. 3. Were es auch, das jemandt nach der that, so einer todt geschlagen hette vnd in der flucht were, demselben hilff rath vnd zulegung thete, damit er entrünne, — —

oder ihm davon hülffe, dem soll ein handt abgehawen, oder sunst nach gestalt der sach gelegenheit der persone vnd seiner misshandlung an seinem leibe gestrafft werden.

Pass. 4. So einer den andern hiesse oder zurichte vnd gelt gebe jemandt todt zu schlagen, vnd derselb thet solches, die sollen beide gleich des tods verurtheilt vnd gericht werden. —

An den Beginn des Titels, der vom Thäter gehandelt hat, schliessen sich diese Bestimmungen über alle ausser dem Thäter an der Tödtung Betheiligten. Offenbar wird unterschieden die Betheiligung „in und zu" d. h. während und vor der That (Pass. 1) von der, welche „nach" der That stattfindet (Pass. 3), für Beides zwar die gleiche Strafe — Abhauung der Hand — angeordnet, allein dort als absolut bestimmte, hier lediglich als maximum der relativ bestimmten (verb. „oder sunst — an seinem leibe"). Dazwischen schiebt sich im Pass. 2 eine qualificirte Betheiligung, die dem Todschlage gleich geahndet werden soll. Worin besteht deren Wesen? Darin, dass sie „Ursach gibt des Todes". Ohne Zweifel haben wir hier das auxilium causam dans s. praebens vor uns, wie dasselbe schon bei den italischen Praktikern auftritt, s. satt Aller

Farinac. a. a. O. Qu. 130. nr. 42 ssqq.,

dann fortdauert bei

Carpzov. Pract. nov. Qu. 37. Qu. 87 etc.

Es ist das auxilium in ipso actu sed actui proximum, die nächste mitthätige Hülfe. Die folgenden Worte erklären dies näher: diejenige Thätigkeit des Helfers, welche „mit Hand anlegt und Einen zum Tode bringen hilft". Ich achte dies identisch mit dem „hantdadich" in der oben citirten Stelle des

Hamburg. Stadtr. von 1497,

und vermag nicht mit

John a. a. O. S. 199. ff.

in jener Handthätigkeit „die Person des Thäters gegenüber den Theilnehmern" zu erkennen. Wohl wird anderswo der Thäter „Handthäter und Selbschuldiger genannt". Daraus folgt aber m. E. Nichts gegen die allgemeinere Bedeutung des Handthätigseins. Auch der Helfer ist dann handthätig im Sinn der Quellen, wenn er bei dem eigentlichen Thatact Hand anlegt. Die Bamb. und Carol. haben diese dem Thäter hinsichtlich der Strafe gleichstellende Qualification der Hülfe wiederum fallen gelassen. In der That, ein unverkennbarer

Fortschritt. Wäre man nur in der Folgezeit diesem stillen Winke nachgegangen!

Doch kehren wir zurück zu den Pass. 1 und 3. Diese enthalten neben dem angeführten Grundsatz: dass solche (entferntere) Helfer milder zu strafen als der Thäter, und wiederum die nachfolgende Betheiligung relativ milder als die vorhergehende und gleichzeitige — eine höchst vollständige, so zu sagen casuistische, Terminologie für die Arten der Hülfleistung. Im Pass. 3 eine dreitheilige: hilf, rath, zulegung; im Pass. 1 dagegen eine fünftheilige: rath, hilff, beystandt, zulegung, fürschub. Ich nehme an, dass letztere in der ersteren steckt, dass nur der kürzeren Redaction wegen Beistand und Fürschub nicht wiederholt wird. Beide sind mitenthalten in der „hilff" des Pass. 3. Somit ergibt sich folgendes System:

I. Hülfe, und zwar vorwiegend die vom Thäter angestiftete (s. unten); darin: Hülfe im engeren Sinn, Beistand und Fürschub. Fürschub bedeutet die gemischte d. h. körperlich-geistige Hülfe vor der That, wie das Wort ohne Weiteres angibt. Durch Vorwegnehmen von Hindernissen schiebt dieser Helfer vor dem Thäter her, erleichtert und ermöglicht er den Beginn der That, ebnet er der That die Bahn.

Vgl. u. A. Freiburger Stadtr. von 1520. Fol. 97.

Das heisst Vorschub leisten. Das Vorwärtsschieben des Thäters selber zur That liegt nicht darin; dies liegt vielmehr im Rath. So scheint denn auch für die von

Haltaus, Glossar. German. med. aev., und

Scherz, im gleichnam. Werk s. v. Fürschub, Fürschieben

aufgestellte Ableitung von „Fortschieben" sc. des Thäters (den Thäter) keine der angezogenen Belegstellen Anhalt zu bieten. — Beistand und Hülfe im engeren Verstande bezeichnen die (nichtqualificirte s. oben zu Pass. 2) Hülfe in d. h. während der That; jenes die Assistenz d. h. das Dabeistehen, zur Seite stehen, um nöthigenfalls zu unterstützen event. mitanzugreifen, vgl. die ältere Bedeutung bei

Walch, Gloss. german. interpr. C. C. C. inserv. s. v. Beiständer;

dieses das Mitangreifen selbst, aber als auxilium remotum, in Nebenleistungen zur That bestehend. — Mutatis mutandis gelten dieselben Begriffe für die nachfolgende Betheiligung des Pass. 3.

II. Rath. Ein leicht verständlicher Begriff: die lediglich geistige Hülfe (sog. intellectuelle) vor wie während beziehungsweise nach der That. Die Anstiftung ist davon gänzlich ausgeschlossen, wie der Pass. 4 ohne Weiteres ergibt (s. unten). Wir sehen also, dass der

Rath seiner Beschränkung auf Rath-Hülfe bereits anheimgefallen ist — eine wesentliche Abweichung vom Standpunct der Rechtsbücher (s. oben §. 22).

III. Zulegung. Fast will uns in dieser ein Ueberbleibsel der alten Volleist anmuthen; aber nur bei oberflächlicher Betrachtung. Man könnte nämlich meinen: wer der Thätigkeit des Thäters etwas zulege, der ergänze diese, mache sie voll zur That; also der — sit venia voci — Hauptgehülfe, den wir oben im Volleist fanden. Allein der Zusammenhang zeigt sofort das Gegentheil. Denn der Hauptgehülfe ist ja eben, ganz davon getrennt, im Pass. 2 behandelt und dem Thäter der Strafe nach gleichgestellt. Es bleibt daher m. E. nur übrig, unter „Zulegung" zu verstehen: Zutritt des Helfers aus eignem Antriebe, das auxilium des auxiliator sua sponte; also eine Hülfe, namentlich gemischte, welche wie ein freiwilliger (d. h. unerbetener) Beitrag zu der That gelegt wird, sei es vor sei es nach deren Ausführung beziehungsweise Vollendung (Pass. 1 und 3). Dieser Bedeutung des Zulegens: ἐπίθεσις, additio, adjectio auxilii, succurrere u. s. f. entsprechen auch die bei

Haltaus und Scherz, a. a. O. s. v. Zulegung, Zulegen

angezogenen Stellen.

Die Richtigkeit dieser Auslegung angenommen, enthält die Wormser Reformation a. a. O. Pass. 1 und 3 als Arten der nichtqualificirten Hülfe: Angestiftete Thathülfe — Rathhülfe — unangestiftete Thathülfe. Dieselben werden entweder geleistet a. vor oder während der That — dann absolut bestimmte Strafe, — oder b. nach der That; dann relativ bestimmte Strafbarkeit. Alle diese Helfer trifft nicht die für den Thäter normirte Straffolge, sondern eine geringere.

Hieran knüpft sich im Pass 4 endlich: die Anstiftung zur That selber, als das Hervorrufen des Thäterwillens. Sie wird der qualificirten Hülfe des Pass. 2 und wie diese an Strafbarkeit der Thäterschaft gleichgestellt, sofern die That wirklich erfolgt ist. Die Worte reden ganz deutlich: „So einer den andern heisst oder zurichtet oder (ihm) Geld gibt, Jemand todtzuschlagen, und derselbe thut solches, dann soll Beide gleiche Todesstrafe treffen." Im Heissen erkennen wir unschwer das mandatum, im Zurichten die instructio oder subornatio, im Geldgeben das locare (crimen) oder Dingen — Alles Beispiele der Anstiftung. Nur die Worte „und derselbe thet solches" könnten dem Missverständniss eine Handhabe bieten, als ob überhaupt nur bei Vollendung der That den Anstifter Strafe treffen solle. Der Zusammenhang ergibt dagegen: der Todestrafe verfällt mit dem Thäter auch der

Anstifter dann, wenn Ersterer die That ausgeführt d. h. vollendet hat. Wir dürfen daraus schliessen, dass bei unterstandener Missethat — die Wormser Reform. erwähnt derselben nirgend — ebenfalls Anstifter und Thäter mit gleicher aber durch richterliches Ermessen zu bestimmender Strafe belegt werden sollen.

> Vgl. auch die allgemeine Schlussclausel des Buch VI. „Andere Peene und Straffe" etc.

Dies Alles vorausgeschickt, wird nachstehende Bestimmung der Reformation einer Erklärung kaum bedürfen

> a. a. O. Tit. 14. Morder, Strassenrauber, Verrhäter, Dieb, Felscher der Müntz oder gewicht vnd dergleichen vbeltheter, auch die denselben zu solchem helffen, beystandt, zulegung thun, — sollen nach Recht vnser Statt gewonheit vnd alt herkommen gestrafft vnd gericht werden.

Auffallen muss nur Zweierlei. Einmal, dass der „beystandt" anstatt des Raths — ich meine, nur durch ungenaue Redaction — sich eingeschlichen hat. Sodann die Ausdehnung der Strafe des Uebelthäters auf alle Helfer schlechthin. Ein Grund dieser Abweichung vom Titel 19. ist weder zu ersehen noch abzusehen, es sei denn dass hier die Theorie von delicta atrocissima oder etwa die germanische Qualification der heimlichen Missethat nachgewirkt hätte. Wer wollte da noch das Verdienst der allgemeinen Satzung im Art. 177 der P. G. O. (203 der Bamberg.) verkennen!

Einen Einzelfall der Anstiftung, welcher als Sonderverbrechen bekanntlich auch in den Artt. 127 und 152 beziehungsweise der Carol. und Bamb. auftritt, erwähnt noch

> Tit. 15. — welcher Copuley, versamlung oder aufflauff macht oder bewegt wider vns vnsern Rath — — der thut crimen lese majestatis vnd soll mit dem schwert gericht werden.

Das Gesetz tappt nach dem rechten Wort. Copuley (Verbindung), Versammlung, Auflauf finden ihre Einheit im „Aufruhr" der Schwarzenbergischen Redeweise. „Machen" heisst: die Rotte zum Aufruhr sammeln und führen; „Bewegen" kennzeichnet eher die vorausgehende Thätigkeit, das Aufwiegeln der Gemüther zur vereinten Widersetzlichkeit. Schon die Römer unterscheiden seditionem, tumultum facere und movere. —

Nur geringe Ausbeute gewährt für unsre Lehre die sog. Tiroler Malefizordnung von 1499, genauer:

> Gesatz vnd ordnungen der ynzichten Malefitz Rechten vnd annderer nottirftigen hendeln des lands der Graueschafft Tyroll.

(Abgedr. als Anhang zu Weiske's Abhandlungen. Leipz. 1830. S. 187. ff.)

In Anlass des Verbots der Eheschliessung familienabhängiger Töchter ohne der Eltern oder Vormünder Einwilligung, droht sie arbiträre Strafen denen, welche „solich heyrat haymlich beredt vnd vollbracht" sowie denen „die darzu geholffen hetten". Ferner soll „gleich den Absagern" bestraft werden, „wer den selben absager einen oder mer behawsst fürschübt vnd den nicht offenbart wissentlicher sachen" oder „welcher einen Absager zukert".

Noch kürzer und kärglicher kehren beide Bestimmungen des Mutterrechts wieder in dessen Stieftochter — wenigstens trägt deren Behandlung ein entschieden stiefmütterliches Gepräge — der

Halsgerichtsordnung Kais. Maximilian I. für die Stadt Radolphzell, vom J. 1506. §§. 23. 25.
(Abgedr. in Dalwigk und Falck's Eranien. Liefer. 2. S. 80. ff.).

§. 25.

E. Standpunct der Bambergensis und Carolina.

Wie fern mir der Gedanke liegt, den reichhaltigen und scharf unterscheidenden Bestimmungen der Wormser Reformation ihren Werth schmälern zu wollen, hat vorstehende Erörterung zur Genüge dargelegt. Allein man beachte, dass sie lediglich an einem Einzelverbrechen, der Tödtung, ihrem Gegenstande gerecht wird, eine allgemeine Norm für die Verbrechermehrheit allganz vermissen lässt. Um so grösser das Verdienst Schwarzenbergs, der diesen Schritt gethan hat. Die Bambergische Halsgerichtsordnung ist soweit mir bekannt das erste Gesetzbuch aller Zeiten, welches wie der „unterstandenen Missethat" so auch unmittelbar zuvor der Verbrecherconcurrenz — genauer: den betheiligten Nichtthätern — einen besondern allgemeinlautenden Artikel widmet. Man wird mir nicht entgegenhalten die allgemeine Clausel des

Laienspiegel (v. J. 1509). B. III. Tit. 9. med.,

welcher bei Gelegenheit des Diebstahls Thäter und andere Theilnehmer ausführlich erörtert (s. unsern §. 26) und hinzufügt:

> Durch die vorberürten vrsachen mag man nit allein in der Diebheit, sonder auch ander übel vnd missethaten teilhafftig vnd nach gestalt der geuärden Peinlich oder Burgerlich beklagt vnd gestrafft werden.

Denn anerkanntermassen hat Tengler eben den Inhalt der Bambergensis (v. J. 1507) für seine populäre Zusammenstellung ausgebeutet, weshalb

sein Laienspiegel zu den eigentlichen Vorquellen der P. G. O. nicht zählt. —

Die Ueberschrift des Art. 203 der Bamberg. und Brandenburg. nimmt sich beim ersten Blick einigermassen tumultuarisch aus:

> Von straff der furderung, trostung, hilff, vrsachen, vnd furschieben der missteter.

Doch schwindet dieser Anschein, wenn man bedenkt, dass auch die Wormser Reformation l. l. Tit. 19. eine fünfgliedrige Aufzählung der Einzelfälle voranstellt, diese erst nachträglich auf drei Begriffe zurückführt. Auffallen muss nur Zweierlei. Erstens die abweichende Bezeichnung der Fälle; indem in der Bamberg. die Förderung Tröstung und Ursache sich findet an Stelle des Raths Beistandes und der Zulegung, Uebereinstimmung dagegen nur obwaltet hinsichtlich der Worte: Hülfe und Fürschub. Zweitens die Mitaufnahme der „Ursache" in den Bambergensischen Artikel. Beides heischt Aufklärung, das Letztere aber zuerst.

Die Wormser Reformation l. l. Pass. 4 trennte die Anstiftung d. h. das Ursachgeben ganz und gar von der Hülfe zu, in und nach der That. Aber warum? Schwerlich aus innerem Grunde; denn begrifflich hatte man bisher die Formen der Nichtthäter-Betheiligung nicht unterschieden. Vielmehr bot lediglich die Gleichstellung der Strafe für Thäter und Anstifter einen äusseren Beweggrund für jene Trennung. Die Bamberg. will aber als allgemeine Regel jene gleiche Strafbarkeit nicht statuiren; eben darum muss sie die Zusammenstellung von Ursacher und Thäter aufgeben, die begriffliche systematisch naheliegende Zusammenstellung von Ursachern und Helfern, m. a. W. aller Nichtthäter, wiederum in Kraft setzen.

Daraus erklärt sich denn auch von selbst, wie und warum die „Ursach" mitten unter die Formen der Hülfe und in den Art. 203 hinein gerathen ist. Somit reduciren sich die genannten Formen der eigentlichen Hülfe auf nur vier. Zwei unter diesen erscheinen in neuem Gewande: Tröstung und Förderung. Wer wollte bezweifeln, dass erstere den „Rath" wiedergibt, d. h. hier die lediglich geistige Hülfe. Wozu aber der neue Name? Wir glauben die Rechtskenntniss eines Schwarzenberg nicht zu überschätzen, wenn wir annehmen, er habe den „Rath" der quellenmässigen Zweideutigkeit wegen vermieden. Denn, wie oben gezeigt, lag nach dem überwiegenden Sprachgebrauch der Quellen des 13. bis 15. Jahrhunderts im Rath neben der Rathhülfe auch die Anstiftung (Ursachgeben) mitbeschlossen. Die Wahl des Worts „Tröstung" erklärt sich unschwer durch Fälle wie der einer im Vorwege zugesagten Hehlerei oder Begünstigung, welche tröstlich

für den Thäter diesen bestärkt, so dass er der Hülfe sich getröstet. Ist die Tröstung beseitigt, dann bleibt nur noch die „Furderung" übrig, als Beides: den Beistand und die Zulegung der Wormser Reformation umfassend. Und auch dies entspricht ganz dem Sprachgebrauch der Vorquellen, u. a. der Goslarischen Statuten.

Dass übrigens die Terminologie der Hülfeformen eine erschöpfende nicht sein, sondern mancherlei bisher Gebräuchliches ununterschieden in sich aufnehmen soll — eben dies sagt Schwarzenberg selber, wenn er im Text des Artikels hinzufügt „wie das alles namen haben mage".

Aus allem Vorstehenden folgt als erstes Ergebniss, dass die Bambergensis

1. im Art. 203 alle Arten der Betheiligung am Verbrechen, mit Ausnahme der Thäterschaft (verb. „einem missteter zu vbung einer misstat" — „Von straff der — hilff — der missteter"), zusammenfasst und dem Thäter gegenüberstellt,
2. dabei ausdrücklich die Anstiftung (Ursach) im Allgemeinen mit jeglicher Hülfe zusammenstellt, folglich: alle betheiligten Nichtthäter,
3. für die genannten Nichtthäter zwar peinliche, aber nach Ermessen und Rathpflege festzusetzende Strafe heischt, nicht nothwendig die volle der Thäterschaft, selbstredend also eine der Regel nach geringere, nur ausnahmsweise eine gleiche.

Aber der Text des gedrängten Artikels ergibt noch mehr; denn derselbe

4. beschränkt seine Norm auf die dolose Nichtthäterbetheiligung, verb. „wissenlicher vnd geuerdlicher weyss".

Eine Beschränkung, die nicht blos in der „peinlichen" Strafe ihre Erklärung findet, sondern auch in richtiger Erkenntniss der unumstösslichen Wahrheit, dass nur bei wissentlicher und beabsichtigter Betheiligung eine geistige Einwirkung, das eigentliche Kennzeichen der peinlichstrafbaren Betheiligung, sich denken lässt (s. unten §§. 29. ff.).

Von jeher aber hat man etwas ganz Anderes in der Bambergensis und deren Tochtergesetzbuch finden wollen: dass deren Begriff und Norm sich beschränke

5. auf die Theilnahme vor und während der That, also eine ausdrückliche Ausschliessung der sog. Begünstigung enthalte, arg. verb. „zu vbung einer misstat". S. statt Aller

 Geib, Lehrb. II. S. 340 und die dort Angeff.

Wie aber

 Köstlin, Syst. I. S. 266

zu der Ansicht gelangt, die Bambergensis 203 stelle die Begünstigung unter die allgemeine Kategorie der Theilnahme, während dies in der P. G. O. 177 zweifelhaft sei, ist mir schlechterdings unbegreiflich, wird auch durch seine Berufung auf P. G. O. art. 40 nur noch unbegreiflicher. Denn zur Unterscheidung zwischen beiden Gesetzbüchern ist in dieser Frage gar kein ersichtlicher Grund vorhanden. Uebereinstimmend finden sich in beiden die Worte „zu übung einer missethat", in beiden die Bestimmungen über peinliche Frage, wenn ein Angeschuldigter der Begünstigung oder Hülfe verdächtig sei

Bamb. art. 48. Carol. art. 40.

Was daher von dem einen, das gilt auch von dem anderen der Gesetzbücher.

Ich stehe nicht an, jene unter 5. erwähnte gewöhnliche Auslegung mit

Carpzov, Pract. Qu. 134. nr. 37.
Feuerbach, Lehrb. §. 53.
Heffter, Lehrb. §§. 84. 532.
Rosshirt, Lehrb. §. 33. — Entw. §. 44.
Wächter, Lehrb. I. S. 154.
Morstadt zu Feuerbach, §. 53. Not. 1.

allganz zu verwerfen. Zu den Argumenten, welche der Letztgenannte a. a. O. theils dem Art. 40 beziehungsweise 48 der Gesetzbücher, theils dem Begriff des „Beistandes" entnimmt, treten für mich noch andere mindestens ebenso schlagende. Die Worte „zu Uebung einer Missethat" können nach der Gesetzsprache jener wie unsrer Zeit in weiterem oder engerem Sinn verstanden werden. Der letztere begreift die Hülfe vor der That, und nur diese. Man vergleiche statt aller Belege nur die Wormser Reformation an der im vorigen Paragraphen citirten Stelle verb. „in oder zu oder nach der That" d. h. während oder vor oder nach. Die herrschende Ansicht, wenn sie obige Worte der Bambergensis und Carolina beschränkend auslegt, schiesst somit über ihr Ziel hinaus. Sie beweist Zuviel, folglich nicht das Zubeweisende, und widerlegt sich selbst. Sie muss entweder einräumen, die Artt. 177 beziehungsweise 203 reden lediglich von Hülfe vor der That, was sie eben einräumen weder will noch darf. Oder, dass „zu" hier einen umfassenderen Sinn hat, nur der Kürze halber gewählt ist. In dem Sinn: vor + während — mit Ausschluss des: nach — kommt es aber nirgend vor. Demnach bleibt nur Eine Auffassung übrig, die alle drei Präpositionen umfassende. Zu Uebung des Verbrechens hilft im Geiste der Gesetzbücher jener Zeit, im Geiste auch der Folgezeit

cff. Gobleri Versio, Remi Paraphr., Kresii Comment.
Not. 2. ad art. 177,

wer „in Beziehung auf die Missethat", sei es vor, während oder nach deren Uebung d. h. Begehung und Durchführung irgend welche strafrechtlich relevante Hülfe leistet. Dazu kommt — worauf kaum Gewicht genug gelegt werden kann — dass, gleich der Bamb., die P. G. O. ein Specialverbrechen der Hehlerei da nirgends normirt, wo es doch geschehen müsste, nämlich im strafrechtlichen Theil, sondern lediglich bei Gelegenheit des Anzeigebeweises im Strafverfahren dieser Form der Hülfe nach der That beiläufig Erwähnung thut.

Somit normiren die Artt. 203 beziehungsweise 177 peinliche Bestrafung für alle Fälle der schuldhaften und zwar wissentlichen Betheiligung an der Missethat eines Thäters. Und diese umfasst — um besseren Verständnisses wegen unsre heutigen Schulbegriffe zu nennen —: Beihülfe, Anstiftung, Begünstigung. Das Mass der Strafe wird dem richterlichen Ermessen mit Rathpflege anheimgestellt. Die Strafe kann im Verhältniss zu der des Thäters eine geringere sein — was bei Begünstigern und anderen Helfern s. strict. als Regel gelten mag —, oder eine gleiche — was unter Umständen namentlich vom Anstifter (Ursacher, Anrichter, Besteller) aber auch vom sog. Hauptgehülfen gilt. So schwindet überdies jeder Widerspruch zwischen der Schlussbestimmung des Art. 107 der Carol. (128 der Bamb.) einerseits, und den Artt. 40. 49. 127. 148 (vgl. die entsprechenden Artt. der Bamb.) andrerseits. —

Nun aber die Reduction der fünftheiligen Bambergensischen Terminologie des Art. 203 auf eine dreitheilige: „Fürderung, hilff und beistandt", welche bekanntlich schon in den Projecten I und II (Art. 184) wie im Art. 177 der P. G. O. selber stattgefunden hat — liegt dieser Reduction nicht etwa eine begriffliche Beschränkung zum Grunde? Etwa eine Ausstossung von Anstiftung und Begünstigung? Mit nichten. Man glaubte eben nur durch kürzere Bezeichnung dennoch Alles zu umfassen, was die Bamb. enthielt. Möglich, aber kaum wahrscheinlich, dass in dem bisher nur unvollständig veröffentlichten sog. Correctorium d. h. den seit 1507 erschienenen Novellen zur Bambergischen Halsgerichtsordnung, s. darüber

Hohbach, Arch. des Crim. R. 1844. Nr. 8.
Geib, Ebendas. 1845. Nr. 5 und 7,

eine solche oder ähnliche Vereinfachung der Ausdrucksweise vorgenommen war. Dem sei aber wie immer, schon die gewählten Bezeichnungen zeigen, was gemeint ist. Wollte man „Ursach" und „Tröstung" einfach ausscheiden, warum sagte man dann nicht schlechthin: Von

straff der fürderung, hilff und fürschieben der missteter — warum dann die dem Text der Bamb. Art. 203 entnommene neue Rubrik: Beistandt? Oder will Jemand gar behaupten, auch den Fürschub d. h. die Hülfleistung vor der That, habe der Art. 177 der P. G. O. ausscheiden wollen? Zu dieser Consequenz hat meines Wissens bisher Niemand sich verstiegen.

Die drei von der Carol. gewählten Bezeichnungen waren in der That nicht ungeeignet, jenen Zweck der blossen terminologischen Reduction zu erfüllen. Geeigneter freilich mag es heute Manchem scheinen, mit der Wormser Reformation zu sagen: Hülfe zu (vor), in und nach der Missethat. Allein bedenkt man auch, dass dort von diesen Hülfeformen eben die Anstiftung, und noch mehr, auch die Haupthülfe unter- und ausgeschieden war? Rathsamer erschien schon aus diesem Grunde, dass man andere möglichst umfassende Ausdrücke wähle. Und in der That, diese sind bezeichnend genug.

I. Die Förderung umfasst jetzt — ohne dass man dem Wort Zwang anzuthun, und von dem „vördern" der Vorquellen abzuweichen brauchte — vorwiegend, wenn auch nicht allein, die ältere Rathhülfe: Anstiftung (Ursach) und geistige Hülfe (Tröstung) vor, in und nach der That,

II. die Hülfe und der Beistand alles Uebrige, also die verschiedenen Formen der gemischten (sog. physischen) Beihülfe, m. E. W.: die Thathülfe. Offenbar tritt im „Beistande" überwiegend, wenn gleich nicht ausschliesslich, die körperliche Hülfleistung während der That hervor, in der „Hülfe" mehr der allgemeine Begriff jeder physischen Beihülfe schlechthin. Beistand ist hier eine species der Thathülfe. In ganz ähnlicher Art wird beispielsweise, und zwar an einer Stelle, die von Anzeigen zur peinlichen Frage handelt, nämlich im oben cit.

Art. 40. der P. G. O. (48 der Bamb.)

der Rath als eine species neben die Förderung als genus gestellt, verb.

„fürderung rath oder beistandt thut".

Ganz klar ausgesprochen liegt jene Eintheilung in Rath- und Thathülfe in den Schlussworten des Art. 50 der P. G. O.

„— vnd wer jm (dem Vergifter) darzu geholffen oder gerathen habe".

Ein Argument für meine Ansicht, dem ich noch grösseres Gewicht beilegen würde, wenn jene Worte der Carol. auch in der Bamb. am entsprechenden Orte (Art. 62) sich fänden. Dieselben sind aber erst im

Proj. II hinzugefügt worden. Jedenfalls zeigen sie, dass der P. G. O. die althergebrachte Eintheilung keineswegs abhanden gekommen.

Nur der eigenthümliche Begriff einzelner Vergehen bewegt das Gesetzbuch, hier und da auch andre Sondergestaltungen der Thathülfe hervorzuheben. So im Art. 128 (ebenso Bamb. art. 153) in Anlass des Landzwangs, verb. „— zu solchen leuten — da mutwillige beschediger enthalt (anderswo: enthaltnis, enthaltung, s. Art. 176, d. h. Unterhalt, seltener: Obdach), hilff, fürschub und beistandt finden". —

Wem unsre den Vorquellen, insbesondere auch dem Sprachgebrauch der Rechtsbücher gemässe Auslegung allzu subtil erscheinen will, der wird doch zugeben müssen, dass die auch im Art. 177 der P. G. O. nicht vergessene Schlussclausel „wie das alles namen hat" auf „Ursach und Tröstung" mitbezogen werden kann, dass ferner im Text des Art. 40 alle denkbaren Formen der Betheiligung an fremder Missethat und der „vnzimlichen gemeynschafft" mit den Thätern zusammengefasst, dennoch aber in der Ueberschrift als diejenigen „so dieben u. s. w. helffen" bezeichnet werden. —

Auch der Anstiftung insbesondre thut die P. G. O. und deren unmittelbare Quelle in verschiedenen Artikeln Erwähnung, immer aber unter einer anderen Bezeichnung, bald der allgemeinen „Ursach", bald einer dem Einzelvergehen angepassten speciellen. Ersteres geschieht in einer Stelle

> Art. 148. verb. „Aber der ander beistender, helffer vnd vrsacher straff halber",

auf welche wir sogleich, und in einer zweiten, nämlich

> Art. 121. verb. „welcher solchs lasters betrüglicher weiss, mit wissen vnd willen vrsach gibt",

auf die wir bei Gelegenheit der Bigamie in unserm besonderen Theile (s. unten §. 59) zurückkommen werden. Letzteres, nämlich die Specialisirung der anstiftenden Thätigkeit, begegnet uns an folgenden Orten:

> P. G. O. Art. 49 (Bamb. 61). So der gefragt verreterey bekent. Item bekent der gefangen verreterey, man soll jn fragen, wer jn darzu bestelt, vnnd was er darumb entpfangen, auch wo wie vnnd wann solchs beschehen (al. gescheen) sei, vnd was jn darzu verursacht habe. (Der Schluss erst im Proj. II angefügt.)

„Besteller" ist der Ursacher, welcher den Thäter um Lohn gedungen hat,

> vgl. Gobleri Versio: „quis eum ad hoc conduxerit".

So noch die Sächs. Constitut. von 1572. Thl. IV. Tit. 17. verb.

Diejenigen, welche sich mit Geld oder in andre Wege zu Mord oder Brennen bestellen und annehmen lassen etc.

Dazu aber tritt die allgemeinere Frage „was jn darzu verursacht habe" d. h. nicht blos, welches Motiv überhaupt die That veranlasst, sondern insbesondre, in welcher Weise etwa die geistige Einwirkung eines Anderen, sei derselbe Besteller oder sonstwie Ursacher, den Thatwillen hervorgerufen — in neuerer Redeweise: wirksame Beweggründe geboten — habe.

Dagegen führt uns der Schlusssatz des Art. 107 (Meineid) der Carol. in dem „Anrichter" den „Zurichter" der älteren Quellen vor,

vgl. noch Wormser Reformat. l. l. Tit. 19 (Pass. 4),

den instructor, instruens der römischen Rechtssprache

cff. L. 51. §. 2. D. de furt. 47, 2.
L. 5. §. 3. D. de requirend. etc. 48, 17. und anderswo.
Vgl. auch Gobleri Vers. — — „qui — perjuros instruit".
(Remus umschreibt durch: conducit et subornat.)

Die Worte lauten: Wer solch falsch schwerer mit wissen, fürsetzlich vnd argklistiglich darzu anrichtet, der leidet gleiche peen.

Die Verdeutlichung der Wissentlichkeit durch „fürsetzlich und argklistiglich" fehlt in der Bamb., sogar noch im Proj. II. Im Anrichten aber liegt beschlossen jede geistige Einwirkung auf den Thäter, welche dessen Seele auf Meineid gerichtet d. h. hingeleitet hat

vgl. Walch. Glossar. s. v. Anrichten,

sei es durch blossen Rath (consilio instruere) sei es durch einen materiell z. B. mercede verstärkten.

War hier die Strafe des Anstifters und des Thäters eine gleiche, so trifft ersteren unter Umständen sogar eine höhere. Wir haben den in hohem Grade characteristischen Art. 127 der P. G. O. im Auge:

Straff der jhenen so auffrur des volks machen.

Nach unsrer heutigen Redeweise etwa: Strafe der Aufwiegler; eine Bezeichnung, welche der damaligen Sprache fremd war. Nur von diesem Anstifter allein, dem Aufrührer sensu stricto — nicht von der Strafe und That der Angestifteten (seditiosi) — spricht unser Artikel.

Item so eyner inn eym land, statt, oberkeyt oder gepiet geuerliche fürsetzliche vnd bosshafftige auffruren des gemeynen volks wider die oberkeyt macht, vnd das also auff jn erfunden würde (Bamb. 152 und Proj. I: „vnd der ein vrsacher erfunden wirdt"), der soll nach gross vnd gelegenheyt seiner misshandlung je zu zeitten mit abschlahung seines haupts gestrafft oder mit rutten gestrichen, vnd auss dem land — — darinnen er die auffruren

erweckt, verweist werden, darinn Richter vnd vrtheyler gebürlichs radts, damit niemandts vnrecht geschehe, vnd solch bösslich embörung verhüt, pflegen sollen.

Die Schlussworte „damit niemandts — sollen" fehlen in der Bamb. und beiden Projecten.

Was immer man als den damaligen Begriff von „Auffrur" ansehen möge (s. unten §. 62), ob den heutigen höchst beschränkten, oder den des früheren Mittelalters, welcher ausser unserem Aufruhr auch den offenen Hoch- und Landesverrath befasste — allenfalls das crimen laesae majestatis allein ausgenommen

cf. Kressii Comment. in Carol. ad. h. art. —

für unsern Vorwurf ergibt sich als unzweifelhafter Inhalt des Artikels, gleichviel welcher Redaction man folge:

1. Lediglich die Aufruhranstiftung — das Machen, Erwecken von Volksaufruhr oder Empörung — wird mit Strafe bedroht; für die Angestifteten so zu sagen Aufgerührten fehlt jegliche Strafsatzung.

Es steht daher mit der sonst unleugbaren Treue der Goblerschen Version nicht in Einklang, wenn dort die Ueberschrift so lautet: Poena seditiosorum et eorum qui turbas concitant. Richtig war etwa diese Version: Poena eorum, qui seditionem populi faciunt (oder concitant, nach L. 1. D. ad leg. Jul. majest. 48, 4).

Vgl. den oben §. 24. citirten Tit. 15. der Wormser Reformation (VI. 2) verb. „welcher Copuley, versamlung oder aufflauf macht oder bewegt".

Ganz angemessen der Ungenauigkeit der Paraphr. Remi dagegen ist es, wenn diese in offenem Widerspruch mit Text und Ueberschrift des Gesetzbuchs einfach sagt: Poena seditiosorum.

Vielmehr ist einzig von der Aufwiegelung als Specialverbrechen die Rede. Dies anerkennt Kress a. a. O. Not. 3:

In criminibus a multitudine commissis, potissimum ad auctores respicitur. Cum quod de omnibus supplicium sumi nequeat, tum quod seducentium merito gravior poena quam seductorum esse debeat. Accedit, quod causa sceleris — penes auctores sit, reliqui tantum contagione insaniant.

Worte, welche klar stellen, wie unsre Auffassung der verbrecherischen Einwirkung als beruhend auf der contagiösen Macht des bösen Willens (s. §. 17), wenigstens hinsichtlich der Aufruhranstiftung, auch die des Kress ist. Schwerlich wird diese Auffassung daher als Zangengeburt erscheinen, wenn sie schon bei diesem gediegenen Rechtskenner,

ohne Berufung an die Quellen des positiven Rechts, auf ganz natürlichem Wege sich gestaltet hat.

In dem Machen und Erwecken des Aufruhrs tritt uns wiederum entgegen das facere und movere (excitare) seditionem des römischen Rechts, das „Machen und Bewegen" der Wormser Reformation. Beides aber fassten Bamb. 152 und Project I der Carol. zusammen in den Worten: „vnd der ein vrsacher erfunden wird". Nicht von dem Stifter, Anführer, Leiter, Rädelsführer eines Aufruhr-Komplotts handeln der Art. 127 und dessen Quellen, sondern von dem Specialverbrechen der Aufwiegelung. Aehnliches findet sich im

Preuss. St. G. B. §. 87. vgl. dessen §§. 36. 65.

2. Die Aufwiegelung als Sonderverbrechen wird mit schwerer Strafe bedroht, deren maximum Enthauptung ist.

Der Wormser Reformation gegenüber, welche absolut Schwertstrafe bestimmte, ist dies ein Fortschritt. Denn die „Mishandlung" eines solchen Aufruhrstifters kann nach „Grösse und Gelegenheit" sehr verschieden gestaltet sein. Das Gesetzbuch will einerseits „solch bösslich Empörung verhüten", andrerseits aber auch dass „Niemandem (d. h. dem concreten Aufwiegler nicht) Unrecht geschehe".

Immer bleibt es Ausnahme, wenn ein Anstifter in der P. G. O. entweder als Thäter eines Sonderverbrechens mit höherer, oder als Anstifter (Nichtthäter) mit gleicher Strafe neben den angestifteten Thäter gestellt wird. Regel ist, dass er als Nichtthäter mit dem Helfer zusammensteht, also weder Thäter noch dem Thäter an Strafbarkeit gleichzuachten.

Darum eben heisst es im Art. 148 der Carol. (174 der Bamb.):
Aber der ander beistender, helffer vnd vrsacher straff halber, von welches handt — — der entleibt nit tödtlich verletzt (rect. Bamb. l. l. „nit verletzt") worden ist, — — Sollen die vrtheyler — radts pflegen —, wann in solchen fellen nach ermessigung mancherley vmbstende — vnderschiedlich zu vrtheylen ist.

Mit den Beiständern und Helfern haben die Ursacher gemein, dass sie Thäter nicht sind, daher der vollen Strafe der That nicht ohne Weiteres verfallen. Und aus diesem Grunde eben begreift anderswo die Hülfe im weitesten Verstande alle betheiligten Nichtthäter ohne Unterschied, seien sie Anstifter, Rathhelfer oder Thathelfer. So im

Art. 31 der P. G. O. (38 der Bamb.) verb.:

Item so eyn überwundner missthetter, der inn seiner missethat helffer gehabt, jemant inn der gefengknuss besagt, der jm zu seinen geübten erfunden missthatten geholffen haben etc.

S. am Schluss des Art. noch: — — zu erfaren — —, was gemeynschafft oder geselschaft er (der Helfer) mit dem versager gehabt habe. —

Um den Stand der Dinge unmittelbar nach Publication der P. G. O. zu übersehen, ordnen wir deren Einzelbestimmungen zum Gesammtergebniss.

I. Alle am Verbrechen, sei es vor während oder nach demselben, betheiligten Nichtthäter werden dem Thäter gegenübergestellt, und, wenn sie dolo mitgewirkt haben, mit einer nach der Grösse und Wirksamkeit ihrer Mitwirkung zu bemessenden peinlichen Strafe wegen Hülfe im weitesten Sinne belegt.

II. Diese Hülfe ist entweder Rathhülfe oder Thathülfe, in ersterer die Anstiftung im Allgemeinen mitbegriffen, die sogenannte Begünstigung (s. I. verb. „nach" der That) von Beidem nirgend ausgeschlossen.

III. Ausnahmsweise und nur in wenigen Fällen wird die Anstiftung (Ursach, Anrichtung, Bestellung) hervorgehoben, theils als der Thäterschaft an Strafbarkeit gleichstehend, theils als Sonderverbrechen (Aufwiegelung).

IV. Sowohl die Haupthülfe der Vorquellen, als die ebenfalls in Anlass des Todschlages in denselben vollzogene Trennung der Anstiftung von der Hülfe im engeren Sinn, ist somit wiederum beseitigt.

Dieser Standpunct entsprach gleichsehr den älteren Quellen und einer gesunden einfachen Auffassung der Verbrecherconcurrenz. Diesen festen Standpunct musste die Folgezeit behaupten, in der Gesetzgebung nicht blos, auch in der Doctrin. Sie hat es Jahrhunderte hindurch nicht gethan — namentlich die Doctrin nicht — zu grossem Schaden für das gemeine und particuläre deutsche Strafrecht der Gegenwart.

§. 26.

F. Die fernere Entwickelung im 16. Jahrhundert.

Während die Reichsgesetzgebung jenen reinen Standpunct einnahm, unbeirrt durch herrschende Schulbegriffe und undurchführbare Abstractionen — zog die Doctrin der italischen Praktiker fort und fort die alten, wenig erweiterten Kreise. Noch mehr, sie begann seit einiger

Zeit auch die deutsche, namentlich die eigenthümliche Laienliteratur dieses Zeitraums in ihre Kreise zu bannen. In die einfachen Begriffe der altdeutschen Quellen künstlich hineingezwängt, begegnet uns das auxilium causam dans, die Anstiftung des alias facturus. Man erkennt aber sofort den krankhaften Stoff, welchem der gesunde Kern vor der Hand nicht unterliegt. In Saft und Blut des Zeitgeistes überzugehen, das will der eingeimpften Beimischung noch nicht gelingen.

Kennzeichnend für diese Erscheinung ist Ulrich Tenglers Laienspiegel (zuerst ersch. um 1509).

Zuvörderst treten hier im Theil III wiederholt die alten technischen Bezeichnungen auf; neben diesen untechnische, aber kaum weniger characteristische. So spricht der Art. 3, das crimen laesae majestatis behandelnd, von „Auffrur bewegen", von „hilff, rath, gewaffter handt, zuschüb ihrer feindt".

Das volksthümliche „Zuschub", welches mehrfach im genannten Art. wiederkehrt, vereint gewissermassen in sich den technischen „Vorschub" mit der „Zulegung", und wird so der Ausdruck für: unangestiftetes Vorschubleisten.

Ferner heisst es, ganz übereinstimmend mit den Worten der Bamberg. (und Carol.) ebendaselbst Art. 5: gleich dem Meineidigen sollen „die jhn also wissentlich angericht haben, mit der peen, die er (der Meineidige) auff yemands gemeint, gestrafft" werden.

Dagegen wird im Art. 8 (Von Todtschlagen etc.) am Schluss hinsichtlich des Falls

> „so yemands in einer auffrurn entleibt würt, vnd man zweifelt, durch wen solch geursacht oder wer daran schuldig wer"

lediglich auf Rathsuchung verwiesen. Man sieht, die mehr als bedenkliche Lehre des Art. 174 der Bamb. war damals noch nicht zum vollen Durchbruch gelangt. —

Jene wunderliche Mischung der italischen Doctrin mit Grundsätzen der Rechtsbücher tritt anderswo zu Tage.

> Art. 9 (Vom Diebstal) med.:
> Item es werden nit allein die selbthäter für schuldig an der Diebstal zu achten, sondern auch jr anhenger in manchen weg solcher übelthaten teylhafftig, vnd jenen vergleicht.

Soweit ist Alles in bester Ordnung; ja — wenn wir dem Verfasser des Laienspiegels nicht allzuviel Ehre geben — fast will uns bedünken, als kennzeichne sich scharf in den Anhängern des Selbthäters das accessorische Wesen jeder Hülfe, als vernehmen wir in der Theilhaftig-

keit solcher Uebelthaten einen leisen Anklang von der geistigen Einwirkung und Rückeinwirkung unter Mitschuldigen. Noch mehr; der Artikel fährt fort:

> Von (rect. Zum) ersten, jr helffer vnd rathgeber, oder die jhn werckzeug zum einbrechen oder steigen wissenlich mitteylen.
>
> Zum andern, welche den Diebstal beuelhen, ob sie gleich davon kein nutz empfangen hatten, so seind sie doch schuldig — (des Schadenersatzes nämlich).

Nun aber höre man weiter:

> Zum dritten, wer dem Dieb zu stelen gerathen, der hat sich derselben teylhafftig gemacht. Aber der peen oder straff halben vnderschidlich, wenn wo der Dieb on solchen dannocht gestolen, vnd yemands hette jm mit rathen hilff gethan, das wär sträflich. Wo nun aber der rath on hilff geben, das der Dieb on das gestolen, so hat der rathgeb keyn straff verwirckt. Wo aber der Dieb on solchen rath nit gestolen, so hett der rathgeb straff verschuldt.

Rathhülfe schlechthin war bereits oben für strafbar erklärt, gleich der Thathülfe; das wird zunächst wiederholt. Allein nunmehr sollen drei Fälle der Strafe halber unterschieden werden:

1. Der Thäter hätte auch ohne den Rath gestohlen (alias facturus), es ist aber zum Rath die Thathülfe hinzugetreten — verb. „mit rathen hilff gethan" d. h. ausser dem Rath auch noch thätige Hülfe geleistet —; dann ist der Rathgeber strafwürdig (causam dans).

 Gewiss; allein nach Tenglers Meinung (s. unten Fall 3): nicht des Raths wegen, sondern wegen seiner Thathülfe allein. Folglich gehörte der Rath als unerheblich überall nicht hierher.

2. Der Thäter hätte auch ohne den Rath gestohlen, und der Rathgeber hat thätige Hülfe nicht geleistet; dann ist derselbe straffrei.

 Also der blosse Rath, dem alias facturus ertheilt, soll frei ausgehen. Hier steckt des Pudels Kern! Im Widerspruch mit römischem Recht (cujus consilio factum est), im Widerspruch mit einheimischen Rechtsgrundsätzen, folgt Tengler hier der herrschenden Lehre der italischen Praktiker.

 S. die bei Farinacius l. l. nr. 130—139 Citirten.

3. Hätte endlich der Thäter ohne den Rath nicht gestohlen (alias non facturus), dann ist, auch wenn Thathülfe nicht geleistet worden, der Rathgeber strafbar.

Warum? Weil er durch Rath den verbrecherischen Entschluss des Thäters mindestens gestärkt hat. Nun, dann musste reifere Erwägung die Unstichhaltigkeit der Entscheidung unter 2. ebenfalls klar legen. Nicht blos der halbwegs entschlossene — der ganz unentschlossene gehört nicht hierher, da dieser angestiftet würde —, sondern auch der bereits entschlossene Wille kann immerhin bestärkt werden, wird dies auch in der Regel eben durch das Bewusstsein der verbrecherischen Uebereinstimmung. Denn der Raum, welcher zwischen dem Entschluss und dessen Ausführung liegt, wird ausgefüllt durch Beharren im Entschluss. Freilich diese Erwägung fordern, heisst vom Laienspiegel wahrlich zuviel verlangen. Selbst nach dem Erscheinen der P. G. O., die von jenen abstracten Sätzen sich freigehalten, wuchern die falschen Theorien fort, nicht im Absterben sondern in frischem Aufblühen begriffen.

Am Schluss will uns wiederum ein gesundes Gefühl anheimeln, wenn wir a. a. O. weiter lesen:

> Zum fünfften, wer einen Dieb in seinem stelen lobt jm libkoset, vnd jm damit zu seiner bossheit bewegt.

Vielleicht nämlich ist hier der Fall gemeint, wo ein Dieb, also der welcher bereits gestohlen hat, zur Wiederholung des Diebstahls, zum Beharren in diebischer Thätigkeit, ermuthigt und somit zu fernerem Stehlen bestärkt wird.

Nach diesem Rückgriff in die Vorgeschichte der P. G. O., wenn gleich nicht der Bambergensis, wenden wir uns zu deren Folgezeit, einer Zeit, die auf der festen gesetzlichen Grundlage ein entsprechendes Gebäude des Strafrechts zu errichten hatte, solcher Aufgabe aber nicht gewachsen schien. Man wird es begreiflich finden, wenn ich die unerquickliche Literatur des 16. Jahrhunderts von Perneder bis auf Remus unerörtert lasse, weil sie für die Lehre der Verbrecherconcurrenz keinerlei nennenswerthe Ausbeute gewährt hat.

Beachtenswerth dagegen ist für diese Periode die Reaction, welche auch auf dem Strafrechtsgebiet allmälig vom Sächsischen Recht ausgeht, und Doctrin wie Praxis dieses Jahrhunderts zu beeinflussen sich anschickt. Eine Reaction, die einerseits Fortschritt enthält, indem sie ältere einheimische Grundsätze bewahrt und dem gemischten Stoff der „Kaiserlichen Rechte“ nicht selten siegreich entgegenwirkt, — andrerseits aber einen erheblichen Rückschritt insofern, als sie die allgemeine Theorie der verbrecherischen Theilnahme wiederum fallen lässt,

und auf den ebenso haltlosen wie veralteten Standpunct zurückfällt, die Lehre nur beiläufig, in Anlass einzelner Verbrechen, zu berühren.

Diesen Standpunct finde ich in den sogenannten Sächsischen Constitutionen von 1572, und erst dadurch wird die Behandlungsweise erklärlich, welche Berlich und nach ihm Carpzov der Lehre angedeihen lassen.

Den oben bezeichneten Fortschritt erkennen wir deutlich, wenn wir mit dem Art. 148 der P. G. O. vergleichen die

Sächs. Constitut. Theil IV. Constit. XII.

Wenn ihrer viele einen, in Auflauff und Hader, zu Tode schlagen, wie es mit der Straff zu halten?

Wenn ihrer viele auf einen zu und denselbigen zu tod schlagen, und man nicht wissen kan, aus welches Verwundung der Verstorbene umkommen, so soll dissfalls fleissige Erkundigung, des Thäters halber, genommen, und da wider einen indicia, die zur scharffen Frage genugsam, vorhanden, auf denselbigen die Tortur gesprochen werden.

Da es aber an dem entstünde; So sollen sie alle, im Zweiffel, mit der Tortur nicht beleget noch auch am Leben gestraffet, sondern in willkührliche Geld-Buss, Gefängniss oder Verweisung neben Erlegung des Wehr-Geldes und Erstattung derer Gerichts-Kosten, verurtheilt werden; jedoch wo es sich befinde, dass etzliche nicht mit zugeschlagen, sondern unschuldig wären, die geniessen ihrer Unschuld billich.

Vgl. dazu Berlich. Concl. pract. Pars IV. Concl. XI. nr. 3—18.

Die Constitutionen stehen mit einem Fusse auf dem geläuterten Standpunct des älteren Reichsrechts (s. das Kaiserrecht oben §. 24), indem sie bei Unerweislichkeit des Todschlägers Keinen wegen Todschlages strafen, entgegen den Rechtsbüchern des funfzehnten Jahrhunderts, entgegen der Bamb. und Carol., — mit dem anderen aber auf gleicher Stufe mit jenen Rechtsbüchern. Denn nach dem „Zugeschlagenhaben“ oder „Nichtmitzuschlagen“ unterscheiden sie von vornherein die Art der Theilnahme und deren Strafbarkeit. Erinnert das nicht an das „hantdadich“ und „nichthantdadich“ des

Hamb. Rechts v. 1497. (s. oben §. 24)?

Hier wird der Ort sein, den bereits im §. 24. gegen die Auslegung des letztgenannten Begriffs, welche

John a. a. O. S. 199. ff.

aufstellt, erhobenen Widerspruch zu vervollständigen. Dieser erklärt

die Worte des Hamburger Rechts „van mer luden de alle hantdadich syn“ folgendermassen:

> „Wenn Jemand getödtet wird von mehreren Personen, von denen jede als Thäter aufzufassen ist“ u. s. f.

Das Gesetz soll aussprechen: Wenn alle als Thäter (als Zufüger einer an sich tödtlichen Verletzung) aufzufassen sind, und man wüsste nicht, wer der Thäter gewesen, dann soll man Alle als Thäter des Todschlages strafen. Durch eine ebenso scharfsinnige wie m. E. künstliche Interpretation sucht nun John diese offenbare petitio principii zu entfernen.

Ich verstehe das „hantdadich“ des Hamburger Rechts ganz so, wie das „Zugeschlagenhaben“ der Sächsischen Constitutionen. Der Gedankengang ist höchst einfach, dort wie hier: Ist Jemand in einer Schlägerei entleibt worden, so fragt sich zuerst, ob alle angeschuldigten Theilnehmer mit Hand angelegt (mit zugeschlagen) haben oder nicht. Die thätlich Betheiligten sind die Mitzuschläger al. Handthätigen, die übrigen sind die Nichtmitzuschläger al. Nichthandthätigen. Damit ist hinsichtlich der Frage, wer Thäter der Tödtung sei, wer Helfer, noch nichts entschieden. Man kennt lediglich die Thäter von Körperverletzungen, und die Nichtthäter in dieser Richtung.

> Vgl. auch Bamberg. art. 174. verb.
>
> Aber der andern beystender helffer vnd vrsacher straffhalb von welches handt obbestimpter massen der entleibt nit verletzt worden ist etc.

Ganz dasselbe findet sich in beiden Projecten der P. G. O. Art. 154. Erst in der P. G. O. selbst Art. 148 — also bei der Schlussredaction — hat das sinnverwirrende Wort „tödtlich verletzt“ sich eingeschlichen, welches für Johns Erklärung des „hantdadich“ einen Anhalt allenfalls gewähren könnte.

Die erhebliche Abweichung der Sächsischen Constitutionen a. a. O. von den angezogenen Bestimmungen des 15. bis 16. Jahrhunderts besteht lediglich darin, dass nach ersteren bei Unerweislichkeit des Todschlägers die erweislich Handthätigen (Verletzer) nicht „als todtschläger zum todt zu strafen“ sind (P. G. O. art. 148), sondern Niemand als Todschläger gilt, vielmehr alle jene Verletzer nur als solche büssen sollen. —

Doch zurück zur Theorie der Constitutionen. Auch anderswo legen sie auf die Thathülfe besonderes Gewicht, so

> a. a. O. Constit. XIV.

Ob die Land. Const., so die Vehder mit dem Schwerdt straffet, auch auf den Schreiber des Vehde-Brieffs, dessgleichen auf die so die Brand-Zeichen stecken, zu verstehen?

Entschieden wird: Letztere treffe die Schwertstrafe, Ersteren aber nur dann, wenn er „mit der That zur Vehde zu helffen angefangen"; wenn nicht, dann nur Staupenschlagen.

cf. Berlich. l. l. Concl. XXI. XXII.

Carpzov. Pract. nov. Pars I. Qu. 37. nr. 61.

Höchst strenge, und gewissermassen auf den römischrechtlichen Standpunct des consilium sine eventu zurückfallend, ahnden die Constitutionen das blosse Sichanstiftenlassen zu Mord oder Brandstiftung

a. a. O. Const. XVII.

„Von denen Mord-Brennern, so die That nicht verbracht", wo es am Schluss heisst: Diejenigen, welche sich mit Geld oder in andre Wege zu Mord oder Brennen bestellen und annehmen lassen, sollen mit dem Schwerdt gerichtet werden, wenn auch gleich darauf nichts ferneres erfolget.

cf. Berlich. l. l. Concl. XXV.

In der That, eine befremdend harte Ahndung des thäterischen consilium malum, cui factum secutum non est, wenn man andrerseits bedenkt, wie grosses Gewicht eben die Constitutionen bei der Hülfe der helfenden That beilegten. Doch auch anderswo tritt eine überwiegende Berücksichtigung der bestärkenden geistigen Einwirkung auf den Thäter deutlich hervor. So strafen die

Constit. XXXIX und XL.

gleich dem Diebe diejenigen „welche die Wache halten, und gestohlen Gut mit empfangen und participiren", auch dann, wenn sie „nicht am Diebstahl mit angegriffen und die gestohlenen Stück selbst entwenden helffen"; wiederum aber milder, nur mit Staupenschlagen, diejenigen „so durch Kundschafft Anweisung zum Diebstahl geben".

cf. Berlich. l. l. Pars V. Concl. LVI.

Carpzov. l. l. Pars II. Qu. 87. nr. 5. 6.

Also es muss doch die geistige Hülfe durch ein körperliches Gegenwärtigsein oder Miteingreifen verstärkt sein, wenn gleich nicht eben durch „Mitangreifen".

§. 27.

G. Das Zeitalter Carpzovs.

Der Versuch, den allgemeinen Begriff der betheiligten Nichtthäter fest und scharf zu fassen und der Thäterschaft gegenüberzustellen — dieser Versuch, von Schwarzenberg und der P. G. O. nicht ohne Glück gemacht, wurde, wie wir soeben zeigten, alsbald wiederum aufgegeben. Alle selbständigen Arbeiten der Doctrin und Praxis folgten zunächst auf diesem Abwege. Kaum ins Leben getreten, war die junge Theorie von der „Theilnahme im Allgemeinen" für Jahrhunderte zur Ruhe verdammt. Freilich, das allenfalls könnten wir einräumen: sie vegetirte fort. Nämlich in den Versionen und Commentaren zur P. G. O., die im 16. Jahrhundert gleich Pilzen emporschossen, in den Halsgerichtsordnungen, Rechts- und Klagspiegeln, Strafbüchern eines Perneder, eines Gobler und Brandt, eines Abrah. Sawr. Leben war das nicht zu nennen; es fehlte der Odem eines belebenden Geistes.

Allein ein anderer Geist wehte alsbald von Sachsen herüber, auch auf dem Strafrechtsgebiet. Angeregt durch die Sächsischen Constitutionen, welche dem neuen Reichsrechte gegenüber ihre Selbständigkeit behaupteten, und deren umfassende Verarbeitung mit den Reichsgesetzen und älteren Quellen, wie sie in dem bereits angezogenen höchst schätzbaren Werk von

Matth. Berlich, Concl. practicabiles etc. (um 1614)

vollzogen wird, rührt sich mit dem Beginn des 17. Jahrhunderts ein frischer Zug der Doctrin.

Auch ging unser Princip der verbrecherischen Betheiligung bei der angestrengten Stoffverarbeitung keineswegs ganz verloren. So sagt schon

Petr. Theodoricus. Judic. crimin. pract. Cap. V. pag. 597. nr. 5.

vom seditiosus, dass derselbe „discrimen animorum facit et discordias gignit", und unter Berufung auf

Liv. libr. XXIX

ibid. nr. 7: Causa enim ac origo omnis furoris penes auctores est, reliqui contagione insaniunt. —

Doch ist anerkanntermassen nur das berühmte Werk des Alleinbeherrschers der nachfolgenden Praxis im Stande, uns von dem damaligen Stande der Lehre ein treues Bild aufzurollen, nämlich des

Bened. Carpzov. Practica nova imper. etc. (c. 1635).

Da indessen diesem gleich seinen Vorgängern, namentlich dem Berlich, die allgemeine Lehre von der Verbrechermehrheit abhanden gekommen

ist, sind wir genöthigt, aus seinen Untersuchungen bei Gelegenheit des homicidium und furtum, die vorwiegend an die Begriffe vom mandatum und auxilium sich anlehnen, die damals herrschende Theorie mühsam zusammenzusuchen. Unausbleibliche Folge jener Behandlungsweise war es, dass die ganze Lehre den Eindruck der Zerrissenheit machen muss.

Einen Anklang unsres Princips vernehmen wir bereits

Pars I. Qu. 25. nr. 13,

wo Carpzov im Anschluss an das princ. der P. G. O. art. 148, und um die poena leg. Cornel. de sicar. (ad L. 15. D. h. t.) für Alle zu rechtfertigen, eine Aeusserung thut, auf die wir in anderem Zusammenhange zurückkommen werden:

> Atqui omnes, quotquot aliquem occidendi animo aggrediuntur, caussam mortis praebent: siquidem assistentia sua homicidam audaciorem, et occisum timidiorem reddunt, et sic opem auxiliumque praestant.

Bereits in

Pars I. Qu. 4. nr. 1 – 29

war die Frage aufgeworfen: Quae sit poena mandantis homicidium, ut et ipsius mandatarii — deren Fassung schon auf falsche Wege führen musste. Anstatt den Thäter im Verhältniss zu einem etwaigen Anstifter zu betrachten, greift Carpzov, nach dem Muster der bisherigen Doctrin, eine einzelne Form der Anstiftung aus allen heraus, und obendrein diejenige, welche zur Einmischung privatrechtlicher Analogien am meisten Versuchung darbot. Dies zeigt sich sofort:

Es sei wenig Unterschied, ob Jemand suis manibus oder per intermediam personam tödte. Occidit uterque (!), reusque fit homicidii. Doch ist zu trennen mandatum, das in gratiam mandantis angenommen, und consilium, welches in utilitatem consultantis, non consulentis, ertheilt wird; pecunia interveniente ist auch nicht mandatum, sondern — assassinium vorhanden. — Homicidio secuto trifft Beide (also auch den Anstifter) die poena homicidii, weil Beider delictum „fere unum et idem est“, wie schon Bartolus annahm. Warum? Dafür hat Carpzov drei Gründe:

> weil es einerlei sei, ob Jemand selbst tödte, oder caussam mortis dolo malo prästire;
> quod quis per alium fecit, per semet ipsum fecisse censetur;
> endlich: quod mandans plus delinquit quam mandatarius: primo in semet ipsum, secundo in mandatarium, quem corrumpit ut occidat, tertio in occisum.

Also ganz und gar die Lehre der italischen Praktiker, die auch von

Carpzov ausdrücklich angezogen wird. Mit dieser aber ebenfalls deren irriger Satz: der mandatarius (der angestiftete Thäter) frevle lediglich „in se et in interfectum“. Indessen trifft den mandans nur dann die poena ordinaria, wenn der Mord begangen ist. Wie aber bei dem Mandat an den alias facturus? Die Meinung der italischen Criminalisten, dass dann ausserordentliche Strafe eintrete, billigt Carpzov nur in dem Falle, wenn der mandans wusste oder doch glaubte, omnino occisurum esse; wusste oder glaubte er das Gegentheil, dann gehe nicht mandatum über in consilium, sondern den mandans treffe die poena ordinaria. Das heisst also, bei gänzlich misslungener Anstiftung ebenfalls, und zwar nicht etwa der geistigen Bestärkung — nein, nur der Absicht wegen!

Lassen wir uns durch die Auswüchse dieser Lehre nicht beirren. Sie hält dennoch den Faden fest, welchen die italischen Vorgänger darreichen, sie überliefert der Folgezeit den Grundgedanken der Mitschuld: die geistige Einwirkung. —

Die Hülfe zum Verbrechen (auxilium) erörtert Carpzov namentlich an folgenden Orten, deren Vereinigung zum Gesammtbilde uns nicht recht gelingen will, immerhin aber auch im fruchtlosen Versuch einige Ausbeute liefert:

Pars I. Qu. 11. nr. 55. — Pars III. Qu. 134. nr. 60. 61.
Pars I. Qu. 37. nr. 61. — Qu. 42. nr. 67.
Pars II. Qu. 87.

Nur solche socii criminis, qui simul participes sunt, kann möglicherweise die poena ordinaria treffen, nicht conscios absque omni participatione. Straflos nämlich ist nuda notitia delicti, dagegen poena arbitraria puniendus der conscius, qui non solum delicti notitiam habet sed et illud approbat. Mehr angedeutet als klar gefasst liegt hierin die Bedeutung des verbrecherischen Einverständnisses, welches unsrer Theorie nach eben die Momente der Einwirkung und Rückeinwirkung in sich birgt. Doch hören wir weiter:

Nach des Bartolus und Doctorum communis opinio sollte der auxiliator derselben poena ordinaria verfallen wie der reus sive principalis. Indessen (Qu. 37. nr. 61. l.): Hoc — tantum procedit in auxiliatore, qui immediate causam delicto, et opem cooperativam principali delinquenti in ipso delicto praestat, qualis est is, qui literas diffidatorias etc. (Sächs. Constit. l. l.). Secus in auxiliatore, qui ante delictum auxilium praebet. Hunc nonnisi poena extraord. afficiendum esse, tradunt Dd. communiter etc.

Neben die cooperative und zwar während der Thatausführung ge-

leistete Hülfe — in welcher wir die „handthätige" Hülfe der Vorquellen, beispielsweise das „Mitzuschlagen" der Sächs. Constit., d. h. die Thathülfe, welche an der eigentlichen Ausführungshandlung des Thäters sich betheiligt, unschwer wiedererkennen —, neben diese tritt hier wiederum das verwirrende Erforderniss des immediate causam delicto praestare. Auch Carpzov vermag sich zu der naheliegenden Erkenntniss nicht zu erheben, dass der Helfer (?), dessen Thätigkeit unmittelbare Ursache des verbrecherischen Erfolges sein will und ist, eben eine Begehungs- nicht eine Unterstützungshandlung ausführt, also Mitthäter sein muss, nicht mehr blos Helfer.

Gebilligt wird sodann (Qu. 42. nr. 67. l.) die Behauptung der italischen Criminalisten „quod praestans auxilium et opem in aliquo crimine ex proposito, et tractatu ac conventione praecedente, teneatur poena delicti istius ordinaria" unter Berufung auf L. 1. C. de falsa moneta. 9, 24, auf art. 111 der P. G. O. und Urtheile, und fast wörtlich dasselbe aus

Jul. Clari Pract. crimin. Qu. 90. nr. 1. §. 5. fin.

wiederum vorgetragen l. l. Qu. 22. nr. 31.

Erst die Erörterung des furtum treibt unsern Verfasser zu einigermassen zusammenhängender Darstellung der gesammten Lehre von verbrecherischer Hülfe.

Pars. II. Qu. 87. cit. nr. 2—36.

Die Unterscheidung von auxilium ope und consilio praestitum, welche den Reigen eröffnet, musste den Gedanken nahe legen, wie auch in dem auxilium ope praestitum stets eine geistige Hülfs-Einwirkung auf den Thäter beschlossen liege, und zwar eine nicht minder wirksame als im consilium. Carpzov macht diese Entdeckung nicht. Und eben dieser Erkenntnissmangel, lebt er nicht noch heute fort, hat er nicht sozusagen sich permanent erklärt in der Schuleintheilung der physischen und intellectuellen Beihülfe!

Missbilligend die Ansicht des Prosp. Farinacius, wonach der auxiliator lediglich dann mit der poena ordinaria furti zu verschonen sei, wenn der „fur sine consilio facturus erat furtum", wendet sich Carpzov zum nudus consiliator

> l. l. nr. 5: — nudum consilium, absque omni alio adjumento et auxilio libero; quodsi enim instigatio et instructio accedat, reus non tam pro consulente, quam auxiliatore habendus; nam et solis indiciis et demonstrationibus auxilium praeberi, notum est ex Const. Elect. 40. P. 4 (s. oben: „diejen., so durch Kundschafft Anweisung zum Diebstahl geben").

Als ob nicht einerseits die Bestärkung, ja die „instigatio“ schon im wirksamen Rath enthalten, und andrerseits die instructio als Anweisung von Mitteln und Wegen zur Begehung bereits der Thathülfe überraschend ähnlich wäre!

Während überall Helfer nicht sei der opem et auxilium praebens absque consilio et voluntate, cf. L. 53. pr. D. de furt., dürfe denjenigen nicht poena furti sondern etwa eine p. extraord. treffen, der zwar mit Wissen und Willen, aber „nihil inde sperans“ d. h. keinen eignen Vortheil aus dem Verbrechen beanspruchend, und daher ohne animus furandi, dem Diebe Hülfe leiste

l. l. nr. 7. 8.

Eine Auffassung, die auf dreifachem Irrthum beruht: 1. es gehöre zum Diebstahlsbegriff nicht blos die Absicht der Zueignung, sondern ausserdem der gewinnsüchtige Zweck, 2. dieser zur Thäterschaft angeblich erforderliche Zweck-Wille müsse auch bei dem Helfer, und zwar als eigner Zweck, gefordert werden, 3. für eine solche uneigentliche Hülfe sei die ausserordentliche Strafe einerseits gerechtfertigt andrerseits ausreichend.

Hergebrachtermassen folgt nunmehr

l. l. nr. 10. 11

als Grundeintheilung der eigentlichen Hülfe die in auxilium praestitum ante furtum, in furto, post furtum. Ersteres treffe die poena ordinaria, wenn vorliege ein „auxilium actui proximum, et sine quo furtum non tam facile (!) possit committi“: denn „ubi major culpa, ibi gravior poena“. Nach

> Regula I: Quicunque deliberato atque dolose, auxilium reale per actum proximum furi praebet, ac per hoc causam dat furto immediatam, lucrandi animo, poena suspendii plectendus est. — auxilium reale per actum proximum, hoc est, ut quis manu sua auxilium cooperativum praestet.
>
> Fehle auch nur eines jener vier Erfordernisse, dann trete lediglich poena extraord. ein.

So ist denn im Wesentlichen Carpzov wiederum bei dem Ergebniss von

Pars I. Qu. 37. nr. 61 (s. oben)

angelangt, nur dass hier von der That vorhergehender Hülfe die Rede, und diese lediglich unter Voraussetzung des animus lucrandi dem vollen Strafgesetz verfallen soll. Dasselbe gilt — nur dass hier natürlich das actui proximum durch die Zeit der Unterstützung ersetzt wird — für das: Auxilium in ipso furti actu. l. l. nr. 29.

Regula universalis: Quicunque in ipso actu furandi manu sua fraudulenter, dolose, et lucri causa opem tulit, laqueo suspendendus est.

Also „handthätig" muss diese Hülfe sein, erst dann ist das auxilium cooperativum der vollen Strafe würdig.

Ganz anders aber — so schliesst mit dem dritten Falle die Erörterung —

l. l. nr. 36.

bei dem auxilium praestitum post furtum commissum. Hier entspreche der communis opinio eine poena mitior extraordinaria.

Regula: Licet quis furi auxilium et opem praebeat, attamen, si delicto jam commisso ac perfecto hoc fiat, neutiquam is suspendio sed p. extraord. puniendus.

Denn dieser begehe das furtum nicht mit, sondern genehmige es nur gewissermassen. Dass hier die Hehlerei nicht besonders hervorgehoben wird, kann uns nicht Wunder nehmen, da einmal der alte Grundsatz von der gleichen Strafbarkeit des (nichtgewerbmässigen) Hehlers und des Stehlers in der Praxis beseitigt, da ferner ein Sondervergehen der Hehlerei weder in der P. G. O. noch in den Sächs. Constitutionen hervorgehoben, dasselbe also in der Begünstigung oder genauer der nachfolgenden Hülfe mitbegriffen war. Stehen doch auf diesem Standpunct noch

Quistorp. Grunds. etc. §. 372, und
Feuerbach. Lehrb. §. 53.

§. 28.

H. Die neuere Zeit.

Wir fanden in der Lehre Carpzovs nur noch sporadisch schwache Fasern des rothen Fadens, und meist ebenda, wo er seinen italischen Wegweisern entweder folgt oder von ihrer Richtung nur unwesentlich abweicht. Wenn nun seine Theorien der Folgezeit als Oracel gelten, was Wunder denn, dass auch jene Fasern mehr und mehr schwinden und zuletzt unerkennbar werden.

Auch bei den holländischen Criminalisten jener Zeit, namentlich dem Jodoc. Damhouder und dem Ant. Matthaeus — ersterer ein Vorläufer, letzterer ein Zeitgenosse Carpzovs, somit beide von diesem unabhängig — vermag ich nur schwache Andeutungen einer geistigern Auffassung zu entdecken.

Damhouder, hier wie nicht selten von der Sucht geleitet, mindestens der Form nach etwas Besonderes zu sagen, schreibt in der

Prax. rer. crimin. Cap. 135. pr.:

Habent Theologi crimen et delictum, quod alienum vocant, hoc est, quod nemo per se et ipso facto committit, sed cujus commissi qualicunque occasione aut caussa est aut caussam praebet, dum committentem aut ante factum aut in facto, aut factum quoquo modo coadjuvat etc.

ibid. nr. 2: Quisquis ergo auxilium, solatium, opem, suppetias, aut mandatum ullum contulit ad crimen aliquod peragendum: is puniendus est ut principalis perpetrator — —, quod mali caussam dedit etc.

Das Principium nimmt einen guten Anlauf zur Unterscheidung der betheiligten Nichtthäter, die ein „fremdes Verbrechen" sei es anstiften sei es unterstützen, von dem committens (Begeher, Thäter), für welchen also delictum proprium vorläge. Nur fehlt es einmal an der Durchführung des Gedankens; sodann flüchtet auch dieser Schriftsteller, gleich den italischen und deutschen Zeitgenossen, hinter den dunkeln Vorhang der causa. Aut causa est aut causam praebet — was heisst das? Doch wohl die geistige Einwirkung, dasselbe, was später Boehmer (s. unten) als causa moralis bezeichnete. Oder etwa: die physische concausa? Diese passt allenfalls für den Thathelfer, aber sicherlich für den Anstifter so schlecht wie nur möglich. Wenn wir damit dem Damhouder nicht allzuviel Ehre geben, muss es gestattet sein, dessen unklaren Worten den möglichst angemessenen Sinn unterzulegen: der Anstifter (mandans) ist die causa, die Helfer gewähren eine causa. Doch passen die folgenden Worte „dum committentem — coadjuvat" nur auf die letztgenannten.

In nr. 2 erkennen wir unschwer die in der Bamb. art. 203 ausgeprägten Bezeichnungen des 16. Jahrhunderts für die Formen der Hülfe und die Anstiftung:

„auxilium, solatium, opem, suppetias, mandatum conferre"
furderung, trostung, hilff, fürschieben, ursachen.

Beachtenswerth ist wiederum die Zusammenstellung des Anstifters mit Helfern jeglicher Art, als Nichtthäter, die Etwas beitragen zur Begehung des Thäters (conferre aliquid ad crimen peragendum). Vermögen wir freilich der gleichen Strafbarkeit mit dem principalis perpetrator nicht beizustimmen, so finden wir andrerseits doch wiederum eine Bestätigung unsrer obigen Auslegung der „causa" Damhouders in den bezeichnen-

den Worten: quod mali caussam dedit. Der Anstifter und Helfer hat das malum veranlasst beziehungsweise mithervorgerufen. —

Wenden wir uns nunmehr dem Matthaeus zu, einem Criminalisten, dessen Selbständigkeit mit Recht gepriesen, dem gründliche Kunde und tiefes Verständniss der römischrechtlichen Quellen mit vollem Fug nachgerühmt wird, s. u. A.

> Hälschner. Gesch. des Brandenb.-Preuss. Strafr. §. 17,
> Berner. Lehrb. §. 54. Anm. 2,

dessen geringer Einfluss auf Praxis und Theorie des 17. Jahrhunderts aber gleichfalls feststeht

> s. Geib l. l. I. §. 52. S. 285.

Bei aller Anerkennung der Vorzüge dieses Schriftstellers wird es an der Zeit sein vor Ueberschätzung zu warnen. Es ist Erfahrungsthatsache, dass von ihrer Zeit verkannte Geister bei der Nachwelt nur allzuleicht Ruhm einerndten, wo einfache Würdigung am Ort sein würde. Jedenfalls sind die Leistungen des Matthaeus auf dem Gebiet der Verbrechermehrheit nicht allzu erheblich. Doch trifft er allerdings unter Leitung des römischen Rechts ins Schwarze, wenn er in seinem Werke

> De criminibus ad libr. XLVII. et XLVIII. Dig. Commentar. (edit. tert. 1672)

mit Rücksicht auf das „consilium" ausspricht

> Prolegom. Cap. I. nr. 7 (pag. 7): — nuda cogitatio crimen non est; videamus an consilium aliis dedisse crimen sit —

und mit Berufung auf die oben (§. 19) angezogene L. 16. D. de poenis. 48, 19. hinzufügt

> l. l. pag. 10. „— malitiam auget, qui exhortatur".

Durch diesen richtigen Ausgangspunct aber lässt Matthaeus zu dem Grundirrthum sich verleiten, an welchem unsre heutige Doctrin von der sogenannten Urheberschaft mehr oder weniger immer noch krankt, dass er den Anstifter (mandans) als reus criminis betrachtet und dem Thäter gleichstellt, also das Wesen der Thäterschaft, und ihres Gegensatzes, der Nichtthäterschaft allganz verkennt.

> Ibid. Cap. II. Qui mandant scelus, quique mandatum exequuntur, utrique rei sunt, et ordinariae quidem poenae subjugendi — — ille caput, hic manus est etc.

Als ob nicht die Hand des Thäters vielmehr eigenem Willen folgte, eigene Absicht voraussetzte, wo von dessen Strafbarkeit überhaupt die Rede ist! Als ob bei dem Anstifter ein Thäterwille oder doch der gesammte verbrecherische Gedanke (caput), bei dem angestifteten Thäter

lediglich physische Thätigkeit, mechanische Ausführung (manus) jenes Anstifter-Gedankens sich fände! Was ist dies mehr oder anderes, als eine auf die Spitze getriebene Versinnbildlichung der irrigen Unterscheidung von causa intellectualis (moralis) und causa physica, welche zu jener Zeit üppig emporwucherte, oder in moderne Schulsprache übertragen: der intellectuellen und physischen Urheberschaft? —

Der im Uebrigen treffliche Joh. Paul. Kress hat in der oben bereits angezogenen

Commentat. succincta in C. C. C. (1721)

das Seine dazu beigetragen, der concausa criminis, welche er doch selbst als „a philosophis" vorgetragen bezeichnet — man vergleiche die „theologi" des Damhouder —, die Thore zu öffnen, indem er diese jeglichen Begriff verwischende Vorstellung mit dem schuldlosen Art. 177 der P. G. O. in Verbindung bringt

l. l. pag. 409.

Er bezeichnet die socii, welche eine conspiratio, criminis communio eingehen, „propter malam intentionem" als gleich strafbar, hebt aber den Anstifter als „fax auctor et tuba" besonders hervor, und knüpft daran die Regel, dass mandans und mandatarius derselben Strafe verfallen, sofern ersterer „consilio suo plene auctor criminis, aut certe promotor — instructor" gewesen. Anders, wo er nur „accidentaliter ad delictum alias jam sine eo patrandum concurrit". Im Anschluss an das ausführlich interpretirte cap. 6. X. de homicid. versteigt unser Kress sich zu der überraschenden Behauptung, es könne Jemand ebensowohl affectu als effectu — homicida sein!

Vgl. oben Einleit. §. 2. a. E.

Da sehen wir Wortspiel und Reim in gefährlichster Verwendung. — Kaum weniger bedenklich ist es, wenn

l. l. pag. 411

für das auxilium die „moralis aestimatio" geltend gemacht wird, die bewirken könne, dass der auxiliator als concausa erscheine, und seine Bethätigung „aequipollet facinori ipsius delinquentis", wenigstens gleiche Strafe zu begründen vermöge. Im Uebrigen ist von diesem Criminalisten und davon, wie derselbe dem contagium der geistigen Einwirkung gelegentlich

l. l. ad artic. 127, Not. 3

gerecht geworden, bereits oben im §. 25. a. E. die Rede gewesen. —

J. S. F. von Boehmer schien recht eigentlich dazu berufen, im Dunkel des achtzehnten — des „aufgeklärten" — Jahrhunderts den Lichtpunct zu bilden, von welchem das Morgenroth einer positiveren

Doctrin anbrechen musste. Die Verdienste dieses Criminalisten sind oft hervorgehoben worden. Wir werden indessen alsbald erfahren, wie er nicht blos fortfuhr in dem Ideenkreise seiner Zeitrichtung sich zu bewegen — ein Vorwurf, der in der That nicht allzuschwer ins Gewicht fällt — sondern, was mehr ist, willkürliche Vorstellungen aus rechtsphilosophischem Stoff in die Quellen des positiven Rechts hineinzutragen.

Am Besten erkennt man den Standpunct dieses Rechtsgelehrten aus dessen kritischen Excursen zur Theorie eines Vorgängers

Observatt. sel. ad B. Carpzovii Pract. nov. etc. (1759).

Ueber den Anstifter bemerkt Boehmer l. l. Observ. I. ad Carpz. I. Qu. 4. (s. unsern vor. §.): Es sei ein concursus ad crimen alterius, wenn Jemand zur verbrecherischen Thätigkeit eines Anderen wissentlich etwas hinzutrage („afferre aliquid ad" etc.); so auch auf Seiten des mandans. Jenachdem dieser viel oder wenig beitrage, treffe ihn gleiche Strafe wie den mandatarius oder eine ungleiche. Der allein Strafwürdige aber sei er dann, wenn ein jussus an den zu unbedingtem Gehorsam verpflichteten „executor" vorliege, weil dieser „meri instrumenti vicem sustinet, omnisque imputatio in jubentem unice redundat".

Hier zuerst begegnen wir der späterhin stehend gewordenen Ausdrucksweise: concursus ad crimen (alterius). Aber freilich nicht in der Ausdehnung der neueren Doctrin auf alle verbrecherisch Betheiligten schlechthin, sondern lediglich als Bezeichnung aller ausser dem Thäter selbst Mitwirkenden, also im Sinne unsrer neuesten Gesetzgebung für Theilnehmer im Gegensatz zum Thäter. Damit nun war strenggenommen der Missgriff des Carpzov und Matthaeus: uterque reus est m. E. W. die doppelte Urheberschaft, ganz und gar aufgegeben; ein grosser Fortschritt, welchem die Doctrin leider nicht gefolgt ist (s. Einleitung §. 2), ja nicht einmal, wie alsbald erhellen wird — Boehmer selbst.

Beachtung wenigstens, wenn gleich keinen Beifall, hat folgende Bemerkung Boehmers a. a. O. bei Neueren

vgl. Köstlin. Syst. I. S. 316. Anm. 4

gefunden: bei der aus persönlichem Grunde straflosen Tödtung (z. B. des adulter durch den Ehemann) sei der tertius mandans beziehungsweise mandatarius nicht straffrei. „Impunitas eadem ad tertium transire non poterit, licet ut mitius puniatur, sub specie justitiae alteri obsecundans, non negaverim".

Hinsichtlich der Hülfe vermag sich Boehmer von der Theorie Carpzovs nicht loszusagen. Ganz folgerichtig freilich spricht er auch hier

Observ. I. ad Carpz. II. Qu. 87.

vom concursus ad crimen ab alio perfectum, unterscheidet aber sodann conc. proximus und remotus. Ersteres auxilium „ex quo illud (delictum) immediate secutum" könne der poena ordinaria verfallen. Anders der concursus remotus „in quo causa delicti immediata non latet".

Dieses tückische Irrlicht, die causa und concausa delicti umgaukelt auch den rüstigen Böhmer, und plötzlich steht er inmitten der Wildniss, wo alle Pfade schwinden. Denn in derselben Observatio lässt er seine richtige Auffassung vom Anstifter — wonach derselbe Nichtthäter war — wiederum fahren, indem er diesen die causa moralis, den Thäter die causa physica nennt. Auch jenem als dem moralischen Thäter sei die That zurechenbar. Bei verbaler Conspiration zur Tödtung müssen Alle als Tödter bestraft werden, wenn gleich nur Einer die That ausgeführt haben mag. Ebenfalls bei dem furtum sei der Anstifter als moralischer Thäter zu betrachten, unter zwei Voraussetzungen: einmal, dass der Dieb ohne die Anstiftung das furtum nicht würde unternommen haben, sodann, dass der A. an den Vortheilen der That theilnehme. Dann sei er durch den Andern vermittelt selbst furti reus.

Da stehen wir inmitten der veralteten Lehre, die von sich zu werfen Boehmer in der angezogenen Observ. ad Qu. 4 auf dem besten Wege sich befand. Ist der Anstifter furti reus, dann freilich liegt nicht vor ein concursus ad crimen ab alio perfectum (ad crimen alterius), sondern ein delictum ipsius mandantis. Und was hat er begangen? Einen moralischen Diebstahl! Sapienti sat.

Diese Irrfahrt gereicht unserm Böhmer zum Vorwurf, weil Ziel und rechter Weg bereits vor ihm lag. Wer aber mögte deshalb einen Stein auf ihn werfen, weil er in der grundfalschen Komplottlehre seines — und unseres — Jahrhunderts befangen ist! Genug, wir sehen mehr als deutlich, wohin es führen kann, wenn man die verbrecherische geistige Einwirkung verwechselt mit moralischer (geistiger) That, und so dahin gelangt, den Nichtthäter zum Thäter umzustempeln. —

Doch vielleicht würden wir Gefahr laufen dem trefflichen Boehmer Unrecht zu thun, wollten wir der Untersuchung uns entziehen, ob sein Standpunct zur Lehre vom concursus plurium nicht etwa zwei Decennien später ein anderer geworden, nämlich in den berühmten

Meditationes in C. C. C. (1770) ad artic. 177.

Den Ausgangspunct bildet im §. I die Unterscheidung von socii sensu latiori: qui quocunque modo participant, wohin auch Belober, Billiger der That gehören würden, und socii sensu stricto: qui sunt caussa delicti, ejus consummationem quocunque modo producunt. Für diese allein bestimme Art. 177 die peinliche Strafe.

Darauf aber folgt auch hier (§. II) die Lehre von der caussa delicti vel physica vel moralis in concursu ad crimen alterius. Unter den conc. moralis begreift Boehmer Anstiftung, geistige Hülfe, auch Fälle der heute sogenannten physischen Beihülfe z. B. Wachestehen, Leiterhalten, m. E. W. jegliche Theilnahme, die nicht am Begehungsact selber directen Antheil hat. Letztere allein ist ihm conc. physicus, wird also dadurch der Thäterschaft als der causa physica beigesellt. — Ausgeschlossen vom conc. im eigentlichen Sinn sind etwa die Begünstiger, verb.

> — vix autem, qui post executionem facto illicito — se commaculant, uti sunt receptatores etc.

In dem commaculare se delicto tritt, wenn gleich tiefverwebt, der rothe Faden der geistigen Einwirkung hier wie anderswo bei Boehmer gleichsam unwillkürlich an das Tageslicht. Das richtige Princip: gradum concursus aestimandum esse ex pondere, efficacia et momento, quod quis committendo vel omittendo ad consummationem attulit, hindert den Verfasser nicht, zur alten Eintheilung in conc. proximus und remotus fortzuschreiten.

Unter Verweisung auf die Meditt. ad art. 148. folgt sodann das Komplott als die conspiratio plurium in delictum ab alterutro consummatum, mit der damals bereits festgewurzelten Irrlehre: ordinarie ejusdem delicti rei sunt, eademque poena notantur, modo indoles delicti omnibus conveniat. Sin repugnat, et uni tantum propria, is poenam eidem impositam sustineat, reliquis arbitrariam subeuntibus. Beispiele: bei raptus virginis sei nur der abducens der vollen Strafe verfallen, nicht das einwilligende Mädchen; bei lenocinium mariti der Mann der seine Frau prostituirt, nicht aber letztere; bei furtum lediglich, wer am lucrum theilnimmt, nicht die übrigen socii.

Deutlich genug sehen wir, dass Boehmer

1. den Komplottbegriff zur einfachen Vorverständigung unter irgendwelchen Mitschuldigen verallgemeinert

 cf. §. IX. ejusdem meditat. (s. unten),

 die bei Späteren gebräuchliche Beschränkung auf Mitthäter (oder sog. Miturheber) in concursu facultativo also nicht anerkennt,
2. von einem sog. concursus necessarius noch keine Vorstellung hat, geschweige denn solche Fälle von seiner Komplottlehre auszuschliessen unternimmt (s. oben §. 5). —

Fortschreitend zum mandans oder Anstifter, wird B. durch die m. E. grundfalsche Auffassung desselben als Urhebers und Miturhebers dennoch nicht gehindert, bei dem angestifteten Thäter die Selbstbestimmung

zur That in vollem Masse anzuerkennen. Ein Wink, welchen die neuere Doctrin nur allzusehr unbeachtet lässt. Es sind wahrlich Worte, mir aus der Seele gesprochen, wenn er sagt:

Qui rem illicitam alteri committit, excitat hujus voluntatem, fax et tuba est sceleris: qui mandato paret, quantum in se sponte illud committit. — Freilich fügt er hinzu: Uterque ergo (?) autor et sic in aequali reatu est, qui aequale momentum confert (!), unus mandando, de quo nemo ante cogitaverat, alter exequendo, quod omittere potuisset et debuisset. Beide treffe poena ordinaria. Dann aber wiederum: Errant, qui mandantem plus conferre existimant, eo quod delinquat tum in se ipsum, tum in mandatarium, tum in tertium — wofür zu unserm Befremden nicht die Canonisten und Italiener, sondern Theodoricus und Granz angezogen werden. Den Schluss bildet wiederholt der — nie genug zu betonende — Satz: es handle der mandatarius (wir sagen: Thäter) stets „sponte", wenn er das Verbrechen wissentlich begehe.

Der Erörterung des mandatum an den alias facturus und verwandter Fälle schliesst im §. IV die Frage sich an: ob der Dritte, welcher im Auftrage des Ehemannes den ertappten adulter tödte, gleich dem mandans straflos bleiben müsse. Leider entschlägt sich Boehmer der Antwort, auf die Literatur verweisend.

Auch das blosse consilium, dessen Verschiedenheit vom mandatum beleuchtet wird, kann als caussa moralis aufgefasst werden, insbesondre wenn in eignem Interesse gegeben; Aehnliches gilt für die persuasio (§§. V. VI.). Nach einer nicht ganz klaren Behandlung der Nichthinderung fremder Verbrechen (§. VII.) verlässt im §. VIII. der Verfasser den conc. ante delictum, um den conc. in ipso actu zu erörtern, wiederum unter Andeutung des wahren Ausgangspunctes:

Non minori gradu se delicto contaminant, qui in ipso actu criminis operas proxeneticas praestant, in excubiis stant, armati accedunt etc. aut quocunque modo ministerium praestant, unde alacrior et audacior autoris fit executio, quorum influxus plerumque proximus est, sive in antecessum conspiraverint, sive re integra sed ex improviso scelerato se sociaverint, de quorum poena in furto ex professo egi ad Carpz. Qu. 87. Observ. II.

Hier steht Boehmer dem punctum saliens Aug in Auge gegenüber. Der Helfer wirkt stärkend ein auf den unterstützten Thäter; entweder nach vorgängiger Verständigung — wiederum eine Anwendung der

conspiratio auf das Verhältniss zwischen Thäter und Helfer —, wobei Ein- und Rückeinwirkung bereits im Vorwege stattfindet; oder ohne solche, indem er aus freiem Antriebe (unangestiftet) — vergleichbar der sog. zufälligen Mitthäterschaft — hinzutritt. Allein befangen in der kleinlichen Casuistik seiner Vorgänger, steht er ab von Ausbeutung dieses ergiebigen Gesichtspuncts und meint, es nütze den „sceleris ministris“ Nichts der Vorwand, dass sie selbst nicht Hand angelegt, es sei denn dass sie bei dem furtum am Gewinn keinen Theil genommen.

Den Schluss der gesammten meditatio bildet (§§. IX. X) zunächst die Behandlung des conc. post delictum, der sog. Begünstigung, im Wesentlichen den Standpunct der heute herrschenden Lehre einnehmend:

> Quotquot consummato sceleri accedunt, a concursu — — proprie alieni, et ex indole facti proprii, non criminis ab altero commissi, sunt puniendi (was jedenfalls nur halb wahr genannt werden kann, da unleugbar die Schwere des begünstigten Verbrechens auch für Begünstiger den Strafmassstab bilden muss), nisi asylo in antecessum promisso conspiraverint (hier haben wir den dritten Beweis dafür, wie es Boehmer nicht einfällt, von der conspiratio die Verständigung zwischen Thäter und Helfer beziehungsweise Begünstiger auszuschliessen). Nam hoc casu sunt vera caussa sceleris: illo vero tantum damni vel periculi ex crimine nati, ut ad Carpz. Observ. laud. Autores non sunt — concurrunt ad damnum per delictum datum.

Endlich wird im §. X. anhangsweise die Frage erörtert: welchen Einfluss die verschiedenen persönlichen Verhältnisse nur des Thäters (patrator) auf dessen socii, und umgekehrt, zu äussern vermögen. Mit Ausschluss der höchstpersönlichen, wirken die übrigen Umstände — offenbar die mit der That selbst connexen — mildernd beziehungsweise schärfend auch für den socius. Diese Frage wird in unserem nächsten Abschnitt ihre Erledigung finden. —

Die Lehre Boehmers bildet für uns den Schlussstein des dogmengeschichtlichen Abschnitts. Mag es immerhin lehrreich sein, durch die Periode der Aufklärung hindurch den Fortgang der Grundbegriffe vom concursus ad delictum zu verfolgen. Ich ziehe vor der Versuchung zu widerstehen. Einmal, weil im folgenden Abschnitte der neueren Literatur seit Boehmer ohnehin ihr Recht werden muss, die weitere Entwickelung also nur vor der Hand abgebrochen wird. Sodann, weil die Thatsache der Constatirung nicht erst bedarf, dass man die wahre

Grundlage der Lehre vom concursus plurium — ich meine die geistige Einwirkung unter Mitverbrechern, als Schwerpunct der Mitschuld — seit dem Schluss des vorigen Jahrhunderts zeitweilig total aus dem Auge verloren hat. Die Ursache lag in einseitiger Betonung der objectiven Thätigkeit auf Kosten der Schuld- und Mitschuldfrage.

Bei den hervorragenden Criminalisten unsrer neuesten Zeit taucht sie wiederum auf, allein sporadisch, so zu sagen unwillkürlich und kaum klar erkannt. Für den, welcher von der Wahrheit dieser meiner letzten Behauptung sich überzeugen will, bieten wir hier noch eine Blumenlese von Citaten dar, und zwar aus den Werken unsrer Koryphäen, die zugleich zeigen wird, wie das Princip sich gleichsam aufzwingt. Es liegt offen vor ihnen; nur an Einem fehlt es — am Zugreifen.

„Die intellectuelle Einwirkung" oder „der intellectuelle Einfluss" unter Theilnehmern überhaupt wird gelegentlich als Stütze einer Argumentation oder als begriffliches Merkmal herangezogen, niemals aber als Grundlage der ganzen Lehre verwerthet von

Köstlin, N. Rev. S. 482 ff. 513. 521 (§. 145). 563.
System I. S. 287 ff. 291. 293. 300 ff. 307. 335 (§. 103).

Berner, Theiln. S. 9. Mitte und unten.
Lehrb. §. 109. vgl. Not. 1. §. 110. a. E.
Grunds. S. 23. 25. 45—47.

Hälschner, Syst. I. S. 320 ff. 325 (§. 84. a. E.). 328. 330. 341. 385 (Complott). 393.

Und in der That, dieses Sichhervordrängen eines ebenso natürlichen wie geschichtlich bewährten Princips, es konnte zu keiner Zeit ganz ausbleiben. Am Wenigsten aber in Systemen, welche das subjective Moment in der Theilnahme entweder mit allzugrosser Einseitigkeit betonten oder zur Gleichberechtigung mit dem objectiven herauszubilden suchten. In dieser erprobten Lebenskraft trägt es die Verheissung des endlichen Sieges.

Zweiter Abschnitt.

Der Ausbau der allgemeinen Lehre von der Verbrechermehrheit.

A. Die Schuldantheile der Mitverbrecher im Allgemeinen.

§. 29.

Zurechnung und Schuld.

Wo immer eine Mehrheit von Individuen zur Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges in schuldhafter Weise zusammengewirkt hat, da sagt man von den Mitwirkenden: Sie sind daran betheiligt, d. h. das Ergebniss der verbrecherischen That ist Jedem nach seinem Thatantheil zurechenbar, Jeder trägt seinen Schuldantheil an der That und deren Erfolg. Denn Zurechenbarkeit und Schuld sind Bezeichnungen Eines Begriffs, nur vom entgegengesetzten Standpunct; jene von dem der That, diese von dem des Verbrechers, des Schuldigen. Jene wird diesem zugerechnet, m. a. W. sie wird als Wirkung auf seinen Willen als die freie Ursache zurückgeführt. Dieser ist Schuld an jener, m. a. W. er trägt die Verantwortung für die durch ihn veranlasste Störung der Rechtsordnung; der zurechnungsfähige Anlassgeber muss das Veranlasste strafrechtlich vertreten, die Strafschuld gleichsam abtragen und tilgen.

Die Untersuchung nun, zu welchem Antheile die That einem Jeden zur Last falle, hat zu ihrem natürlichen aber freilich in seiner Einseitigkeit trüglichen Ausgangspunct das äusserlich Erkennbare, den ersichtlichen Thatantheil. Was ist geschehen? so lautet die erste Frage — Von wem ist es geschehen, wer ist der Schuldige? die zweite. „Auch

das rationellste Strafrecht wird eine andere Methode nicht beobachten können"

s. John, Das Strafr. in Norddeutschl. etc. S. 195.,

um so weniger denn das ursprüngliche, das naive — selbst dann nicht, wenn dieses positive Strafrecht zu vorwiegender Betonung des subjectiven Gesichtspuncts hinneigt. Führt nun die Nachforschung auf die Spur einer Mehrheit von betheiligten Individuen, oder ergibt gar die Natur des Verbrechens eine solche Mehrheit als begriffliche Nothwendigkeit (s. unten Abschnitt III.), dann liegt wiederum als nächste und dritte Frage auf der flachen Hand: Welchen Antheil an der That hat durch eigne Thätigkeit jeder Mitwirkende genommen?

Da unser Vorwurf eine Mehrheit von Betheiligten bei Einheit des Verbrechens zur Voraussetzung nimmt, da ferner jene ersten beiden Fragen in jedem Falle, auch bei der Alleinthat Eines Verbrechers, beantwortet werden müssen, wenden wir uns sofort zu dieser dritten. Somit gestaltet sich zu unserem Ausgangspunct der äusserliche Thatantheil.

Nie und nirgendwo aber hat man vermogt der Erkenntniss sich zu verschliessen, dass der äusserliche Thatantheil, selbst gesteigert zum Erfolgantheile, ein durchaus trügliches Resultat zu Tage fördert. Schon dem gesunden Menschenverstande leuchtet ein, dass eine strafbare That das Ergebniss lediglich körperlicher Kraftanwendung nicht ist, vielmehr als Willenswirkung somit als Ergebniss geistiger Thätigkeit betrachtet werden muss, wo es um Bestimmung der Schuld und das Mass dieser Schuld sich handelt. Daraus zieht sofort das einfachste Rechtsgefühl die Folgerung: es verdiene der geistige Antheil eines Betheiligten nicht weniger Beachtung als dessen körperliche Mitwirkung, es könne jener grösser dieser geringer sein und umgekehrt, ja es begründe jener Schuld und Strafbarkeit auch dann, wenn es an dieser im einzelnen Fall allganz gefehlt, wenn also lediglich eine geistige Einwirkung des B auf die Willensbestimmung des auch körperlich bethätigten A stattgefunden habe.

Dieser Schluss ruht auf höchst einfachen Prämissen. Sobald man anfängt zu beachten — ein Anfang, der dem volksthümlichen Rechtsbewusstsein bereits in dessen Kindheit angehört —, wie der Geist den Körper, demnach auch der Wille die körperliche Thätigkeit des Menschen zu leiten pflegt, wie ferner diese leitende Willensrichtung im einzelnen Thäter eine verschiedene, mehr oder minder bewusste und schuldhafte gewesen sein kann, vermag man die weitere Erwägung nicht mehr ab-

zulehnen, dass die am Verbrechen mit Wissen und Willen Betheiligten auch der Eine am Anderen d. h. an dessen verbrecherischer Willensbestimmung eine Schuld tragen, einen Schuldantheil zu verantworten haben. Gelangt gleich zur vollen Erkenntniss dieser Wahrheit, namentlich aber zu deren deutlicher Fassung im Gedanken und Wort, erst ein reiferes Zeitalter — das mehr oder minder ausgeprägte Gefühl davon trägt das Strafrecht jeder Zeit in sich. Wir hoffen dies im vorigen Abschnitt aus den Quellen nachgewiesen zu haben.

Doch muss ich meiner Theorie vom „Schuldantheil" eine terminologische Aufklärung vorausschicken. Nicht wenige Vertreter einer durchaus anderen Richtung der neueren Doctrin unterscheiden eine formelle und materielle Zurechnung, also auch Zurechenbarkeit, die allerdings mit der von Stübel auch noch in dessen Schrift über die Theilnahme gemachten und festgehaltenen Eintheilung in Zurechnung der That an sich und Zurechnung der That zur Strafe Nichts gemein hat. Neben Köstlin, welcher in der

N. Revision, insbesondre §§. 113 und 152.

unter Beifügung einer dritten Art, der „allgemeinen Zurechnung" diese Begriffe aufgestellt, in seinem System des deutschen Strafrechts aber nicht weiter verfolgt hatte, betonte in abweichendem Sinne

Hälschner, Syst. des Preuss. Strafr. Thl. I. Abschn. 2. Cap. 1 und 2.

eine Verschiedenheit der Zurechnung des Verbrechens nach dessen Form und nach dessen Inhalt. Vorzugsweise aber auch hinsichtlich der „Theilnahme am Verbrechen"

a. a. O. §§. 78 ff.

ist ihm die Frage der formellen Zurechnung: Was einem jeden der Theilnehmer als das von ihm Beabsichtigte und Vollbrachte zugerechnet (auf dessen Willensfreiheit als causa zurückgeführt) werden könne, — die der materiellen dagegen: Ob das Böse, und somit die sittliche Schuld aus der Selbstbestimmung des formell Schuldigen hervorgegangen, oder ob dieser durch den bereits vorhandenen verbrecherischen Entschluss eines Anderen sich habe verführen lassen. Dieser Unterscheidung geschah bereits oben (Theil I. Abschn. I. §. 7) Erwähnung.

Aber die gesammte Eintheilung der Zurechnung in formelle und materielle will mir theils wenig fruchtbringend theils verwirrend erscheinen. Wenig fruchtbringend; weil sie in schwer verständlicher, keineswegs klarer Fassung auftritt, und auf den Alleinthäter angewendet eine nennenswerthe praktische Ausbeute nicht liefert. Aber auch verwirrend. Denn einerseits stellt sie das Verhältniss des Verbrechens

zur Willensfreiheit und der verschiedenen Willensrichtung mit den Thatmomenten des Versuchs und der Vollendung zusammen, und bezeichnet obendrein dieses alles als Form des Verbrechens. Gehört aber schon Ersteres unleugbar zum Inhalt des Verbrechens als eines Willensergebnisses, so gilt dies umsomehr von Letzterem. Denn Vollendung und Versuch sind recht eigentlich die realen, materiellen Substrate, in denen die verbrecherische That in die Erscheinung getreten ist. Andrerseits bin ich wenigstens nicht im Stande, die Gliederung der „materiellen Zurechnung“ oder „des Verbrechens rücksichtlich seines Inhalts“ in: I. Rechtsverletzung, und II. Sittliche Schuld, zu würdigen. Vielmehr ist mir zunächst die Schuld, wie oben erwähnt, nur das Correlat der Zurechenbarkeit überhaupt, und verbindet sich m. E. sodann die sittliche Schuld eben mit der Willensrichtung im Einzelverbrecher zu untrennbarer Einheit.

Wenn es einer Gliederung im Begriff der Zurechnung überall bedarf — und dies mag vom Standpunct der Wissenschaft aus systematischen Gründen immerhin geboten sein —, dann zerfällt mir die Zurechnung weit einfacher und natürlicher in die äussere oder äusserliche, und in die innere oder innerliche, d. h. die Zurückführung einerseits der äusseren That als solcher auf die menschliche Thätigkeit, andrerseits beider der That und Thätigkeit als Willensergebnisse auf die verbrecherische Willensrichtung sowohl als auf die sittliche Schuld. Wir laufen dabei nicht Gefahr, in die Schuleintheilung imputatio facti und imp. juris zurückzufallen, weder in deren ältere noch neuere Gestalt

s. Luden, Abhh. II. S. 46 ff. 53 ff. — Handb. §. 32. Morstadt zu Feuerb. Lehrb. §. 84. Not. 3.

Denn jene beiden Operationen sind uns nur Stufen Einer Leiter, Schritte auf Einer Bahn. In dem Masse der sittlichen Schuld (s. oben §. 18) erreicht die Wanderung ihr vorläufiges Ziel. Aber wiederum nur, um dort angelangt, auf gleichem Wege von der Schuld zur That zurückzukehren. Denn so und nicht anders verfährt ihrem Wesen nach jede urtheilende Gedankenoperation — und eine solche ist die Zurechnung —: sie wandert vom äusserlich Erkennbaren z. B. von der vorliegenden Erklärung, rückwärts zu dem concreten Willensact, der ihm zum Grunde gelegen (und dessen etwa erheblichen Motiven), und kehrt sodann vorwärts schreitend wiederum vom letzteren zum ersteren (vom Entschluss zur Erklärung) zurück, um so zu finden, inwieweit das äusserlich Vorliegende der eruirten Willensgrundlage wirklich entspricht, inwieweit jenes Ausfluss nur dieser Quelle genannt werden darf.

Von ganz besonderer Bedeutung aber ist vorstehende Betrachtungsweise, wo es nicht um den Alleinthäter, sondern um die Mehrheit von Schuldigen bei Einem Verbrechen sich handelt. Hier ergibt die erstgenannte natürlichste aber nur äusserliche, und daher schon für den gesunden Menschenverstand ungenügende Art der Zurechnung den äusseren Thatantheil eines jeden Mitwirkenden, die zweite aber, als unabweislich gebotene Fortsetzung der ersten, den Schuldantheil eines jeden Mitschuldigen, und zwar hier von doppeltem Inhalt: die isolirte Schuld und die Mitschuld. Nachstehende Erörterung wird dies Alles klar stellen.

§. 30.

Aeusserliche Zurechnung: Der Thatantheil.

Verdankt ein verbrecherischer Erfolg sein Dasein der Mitwirkung mehrerer Individuen, dann stellt sich die strafrechtliche Beurtheilung zuvörderst lediglich auf den äusserlichen Standpunct — wohl wissend, dass dieser Standpunct ein ungenügender alsbald zu ergänzender sein muss —, indem sie fragt:

I. Welchen Antheil an dem vorliegenden Thaterfolge hat die Thätigkeit eines jeden der Mitwirkenden für sich betrachtet m. a. W. ohne Rücksicht auf den anderen?

Ich enthalte mich im Folgenden, und zwar aus den in der Einleit. §. 2 ausgeführten Gründen, des vieldeutigen Ausdrucks „Thatbestand", der in der heutigen Doctrin vollkommen inhaltlos geworden — s. die früheren Bedeutungen bei

Stübel, Thatbestand. §. 1. a. E.
Feuerbach, Lehrb. §. 81.
Luden, Abhh. Bd. II. — Handb. I. S. 225 ff.
Bauer, Lehrb. des Strafproc. Zweite Ausg. von Morstadt. §§. 150. 228.

— und verstehe unter Thaterfolg: den Inbegriff aller möglicherweise relevanten Folgen und Merkmale einer concreten verbrecherischen That. Diesem steht gegenüber der Begriff eines Einzelverbrechens, als der Inbegriff aller von der Strafrechtsregel aufgestellten theils allgemeinen theils besonderen abstracten Merkmale.

Der vorliegende verbrecherische Thaterfolg erscheint seiner Totalität nach als Ergebniss der Thätigkeit aller Mitwirkenden, also zum Theil als Ergebniss der Mitwirkung jedes Einzelnen derselben. Es

gilt zuvörderst diesen Thatantheil jedes Betheiligten (des A) zu ermitteln d. h. den Antheil am Thaterfolge, der als Wirkung auf die Thätigkeit eben des A — vorläufig ohne Rücksicht auf den B, C. etc. — als die Ursache direct sich zurückführen lässt. Ebenso dann rücksichtlich des B u. s. f. Wir nennen diesen Antheil am Thaterfolge den Thatantheil, dessen Ermittelung die äusserliche Zurechnung, und geben, um Verwechselungen vorzubeugen, jener Bezeichnung den Vorzug vor der als „objectiver“ oder einseitiger Antheil.

Jede menschliche Thätigkeit ist das Ergebniss einer Kraftanwendung. Die zu einem verbrecherischen Erfolge bei einer verbrecherischen Thätigkeit wirkenden Kräfte sind nun niemals physische (körperliche) allein, wenn von Zurechnung und Strafbarkeit die Rede sein soll. Zwar können wir uns eine lediglich körperliche Mitwirkung zum Erfolge denken, aber aus dem angegebenen Grunde ist dieselbe von unsrer Betrachtung allganz auszuschliessen. Nur dem Gebiet der Wirklichkeit gehört sie an, nicht dem des Rechts und der Sittlichkeit. Der scheinbar Mitthätige fungirt hier nicht als Mensch d. h. lebendiges, geistiges und willensfähiges Wesen, sondern gleich einem leb-, geist- und willenlosen „Naturkörper“ — eine treffende Kennzeichnung bei Berner, Theiln. S. 283.
Solche Mitwirkung zum Thaterfolge ist rechtlich eine nur scheinbare. Entweder der Körper des A wurde von einem B schlechthin gleich einem Werkzeuge benutzt, oder derselbe war ohne solche Benutzung nur dem Anschein nach mitthätig, da es an der Voraussetzung einer Thätigkeit, dem Willen fehlte. Als Beispiel für Ersteres diene der Fall, wenn B die Hand des bewusstlosen oder blödsinnigen A den tödtlichen Schuss abfeuern, oder Brand stiften lässt. Letzteres aber liegt nicht blos dann vor, wenn der blödsinnige A gleichzeitig mit dem zurechnungsfähigen B einem C Körperverletzungen zufügt, sondern auch dann, wenn mit der bewusstlosen oder blödsinnigen A der B Ehebruch oder Incest begeht. Hier erregt schon das „mit“ sofort Bedenken; das gesunde Reshtsgefühl drängt zur Verwandlung in das „an“. An einer solchen A wird vom B einseitig das Verbrechen begangen.

Der Geist ist es, welcher den Körper, der Wille ist es, welcher die That leiten muss. Daraus schon erhellt der Selbstwiderspruch in den herkömmlichen Bezeichnungen „physische Thäterschaft, physische Beihülfe“, im Gegensatze zur „intellectuellen“, wenn man — was eben der Gegensatz ohne Weiteres erfordert — unter jener eine nur körperliche Thäterschaft etc. versteht. Freilich thut man letzteres keineswegs;

aber eben darum widerspricht der Name ganz offensichtlich dem untergelegten Begriff. Man meint eine geistig-körperliche Kraftäusserung, und stellt sie dennoch als physische (körperliche) der intellectuellen, (geistigen) gegenüber. Ist sonach klar, was man sagen will, aber eben nicht sagt — nun, so werfe man die falsche Terminologie über Bord! Jede strafrechtlich relevante, weil zurechenbare, Mitwirkung zum Verbrechen ist entweder eine körperliche und geistige zusammengenommen — ich nenne sie die gemischte —, sofern sie in der Anwendung von Geistes- und Körperkräften bestanden hat, oder eine lediglich (blos) geistige, wenn nur Geisteskräfte für den verbrecherischen Erfolg verwendet worden sind. So lehrt in einem wenig beachteten Werke, das auch der „Immoralität" im Willen und Verbrechen eine aussergewöhnliche Würdigung angedeihen lässt, schon

Stübel, System des allg. peinl. R. (1795). Bd. II. §§. 391. 431.

Weniger glücklich verwendet

Henke, Handb. Bd. I. S. 266

eine „gemischte Wirkungsweise" (die er bei mitthätigen Komplottanten annimmt) neben „blos physischer" (!) und „blos intellectueller".

Blosser Wortstreit ist dies nicht. Zwar wird man einwenden: Zugegeben, dass der Ausdruck physische Thäterschaft etc. streng logisch nicht sei, weil deren Inhalt und Sinn, obwohl der intellectuellen gegenübergestellt, dennoch einen Gegensatz mit dieser nicht bilde, vielmehr ebenfalls geistige Thätigkeit in sich schliesse. Allein man wolle auch nur das Abweichende, gewissermassen das Plus in jenem Begriffe hervorheben, nämlich die körperliche Mitwirkung, was eine denominatio a potiori und hinreichend deutlich sei. Wir repliciren aber zuvörderst: eine richtige und deutliche Benennung ist immerhin der halbrichtigen, undeutlichen vorzuziehen, umsomehr als Doctrin und Praxis nur allzu geneigt sind, aus falschen oder unklaren Terminis eine Kette von falschen begrifflichen Folgerungen abzuleiten. Unsere Dogmengeschichte strotzt von Belegen für diesen Erfahrungssatz. Sodann aber setzt physische Thäterschaft die Möglichkeit des Gegensatzes, einer intellectuellen oder lediglich geistigen Thäterschaft voraus. Die contradictio in adjecto einsehend, flüchtet man sich dann auf das Gebiet der „Urheberschaft", wo jegliche Verfolgung ein Ende hat! Nur Thäter gibt es, und betheiligte Nichtthäter. Die verbrecherische Wirksamkeit des Thäters ist stets eine gemischte, d. h. körperlich-geistige. Endlich führt die Aufstellung einer „physischen Theilnahme" überhaupt theils zu Vernachlässigung theils zu Verkennung des

geistigen Mitwirkens eines in gemischter Weise Betheiligten. Ersteres, weil der Name nöthigt, das rein körperliche Element in den Vordergrund zu schieben; letzteres, weil man dadurch verleitet wird und in der That bisher verleitet worden ist, der geistigen Einwirkung der mitwirkenden Geistes- und Körperkräfte des A auf den mitbetheiligten B nicht gerecht zu werden, wie alsbald des Näheren sich ergeben wird.

Zusammenwirken von Kräften des Geistes und Körpers ist erforderlich zu jedem zurechenbaren Erfolge. Der zurechnungsfähige Mensch ist geistiges, denkendes Wesen, die isolirte Anwendung blosser Körperkräfte ausgeschlossen vom Gebiet der Zurechnung. Finden nun alle in concreto zusammenwirkenden Kräfte in Einem Individuum sich vereinigt, dann spricht man vom Alleinthäter d. h. dem Thäter, der ohne Betheiligung anderer mitwirkenden Individuen den verbrecherischen zurechenbaren Erfolg herbeigeführt hat. Finden sich dieselben unter Mehrere vertheilt, so entsteht der Begriff der Betheiligung einer Mehrheit am Verbrechen, der Mitverbrecher oder Mitschuldigen, welchen Begriff man durchaus angemessen durch concursus plurium ad delictum d. h. Zusammentreffen (Zusammenwirken) mehrerer Individuen zur Hervorbringung eines verbrecherischen Thaterfolges, bezeichnet hat. Die mitwirkenden Thätigkeiten beziehungsweise Kräfte sind stets Factoren der That, und, wo der Begriff des Einzelvergehens eine Mehrheit voraussetzt (concursus necessarius), sogar gewissermassen Coefficienten, nämlich constante Factoren.

In diesem Stadium der Zurechnung, welche wir die äusserliche nannten, sind zwei Fälle zu unterscheiden, wobei wir der Einfachheit halber nur zwei Betheiligte auftreten lassen.

1. A hat körperlich und geistig, also in gemischter Weise mitgewirkt, B nur geistig. Hier bezeichnen wir den A als Thäter, den B entweder als Anstifter oder als geistigen Helfer (Rathhelfer), jenachdem er den Entschluss zur That im A hervorgerufen, also geistiger Schöpfer der That gewesen, oder den bereits vorhandenen Entschluss zur That im A lediglich bestärkt hat. Was liegt nun der äusserlichen Betrachtung näher, als hier den Thatantheil so zu bestimmen: dem A fällt der grössere oder Haupt-Antheil zur Last, dem B jedenfalls der geringere oder Neben-Antheil, innerhalb dieser relativen Grenze im ersteren Fall (Anstifter) ein bedeutenderer z. B. ein Drittheil des Ganzen, im letzteren (Rathhelfer) ein weniger bedeutender z. B. ein Viertheil, — wonach denn der Hauptantheil des Thäters A auf zwei Drittheile beziehungsweise drei Viertheile sich stellt. Wir werden alsbald erkennen, wie diese gesammte Feststellung eine unvollständige ist, und

zwar darum, weil sie die innerliche Zurechnung und deren Ergebniss ausser Ansatz gelassen hat.

2. Beide, B gleichwie A, haben körperlich und geistig, also in gemischter Weise mitgewirkt. Hier sind sie entweder Mitthäter, oder der Eine, etwa A, erscheint als Thäter, der Andere, etwa B, als Thathelfer (sog. physischer Gehülfe). Allein die letztere Annahme ist vom Gesichtspunct der äusserlichen Zurechnung bereits Inconsequenz. Vielmehr müssten folgerichtig stets Beide als Mitthäter aufgefasst und bezeichnet werden, nur etwa zu verschiedenen Thatantheilen. Vom rein objectiven Standpunct wird die Construction der verbrecherischen Thathülfe nothwendigerweise scheitern. Den fruchtlosen Versuch, für dieselbe dennoch einen geringfügigen fast verschwindenden Ueberrest zu retten, während die Thäterschaft alles Uebrige verschlingt, macht bekanntlich

Stübel, Theilnahme. §§. 51. 54. 57. 62, Art. 11.

Ihm ist „Gehülfe" nur der Theilnehmer, welcher, da er das thäterische Verbrechen eines persönlichen oder Absichts-Mangels wegen begehen nicht kann, eines anderen Sondervergehens sich schuldig macht, und zugleich der blossen Beihülfe zum Verbrechen des Thäters. Ein Fehlschluss des würdigen Stübel, von welcher Seite man ihn betrachten mag. Ist nämlich die Stübelsche Doppelqualität begründet, dann muss die Qualität eines Gehülfen auch da gedacht werden können, wo derselbe das Thäterverbrechen selbst begehen konnte, aber begehen nicht wollte, oder aus von seinem Willen unabhängigen Ursachen in concreto nicht begangen hat, womit die herrschende von Stübel bekämpfte Theorie zur Hinterthür wieder hereingeschlüpft wäre. Dieselbe — nämlich die Doppelqualität — ist aber grundlos. Denn einerseits hat das Sondervergehen des sog. Gehülfen nicht selten eben die gesetzliche Bestimmung, die Gehülfenqualität zu absorbiren; so bei Hehlerei, Kuppelei. Andrerseits musste Stübels eigne Theorie vielmehr zur Annahme von Mitthäterschaft führen, soweit der allgemeine Verbrechensbegriff beiden Betheiligten gemeinsam war, wenn gleich das Sonderverbrechen des A vom B, oder umgekehrt, begangen werden nicht konnte. Nehmen wir ein von Stübel selber (a. a. O. S. 87) angeführtes Beispiel. Der extraneus A hat dem Sohne B des C zur Ermordung des C, also zum Vatermord, Beistand geleistet — ein Fall, auf den wir unten mehrfach zurückkommen werden. Stübel musste hier nach seiner ausgedehnten Auffassung des Thäterbegriffs, anstatt ein Sonderverbrechen des A anzunehmen und ausserdem Gehülfenqualität, vielmehr von Mitthäterschaft des A und B am gemeinen (einfachen)

Morde ausgehen, und dann erst die Stellung beider zum Sonderverbrechen des B (Vatermord) ins Auge fassen.

Erscheinen nun der äusserlichen Zurechnung alle in gemischter Weise mitwirkenden Verbrecher als Mitthäter, nur mit etwa verschiedenen Thatantheilen, so gewährt dies für die Frage der Strafbarkeit eines jeden einzelnen keinen genügenden Anhalt. Beide, A und B, sind körperlich betheiligt, das setzt unser Fall 2 voraus. Selten, oder richtiger niemals wird sich nun herausstellen, dass sowohl die geistige als die körperliche Kraftanwendung Beider in gleichem Masse mitgewirkt und den Erfolg herbeigeführt hat. Vielmehr erhellt sofort, dass verschiedene Antheile vorliegen entweder in beiderlei Beziehung oder in der einen Beziehung allein, sei es die geistige oder die körperliche. Wie will man nun die Strafe zumessen? Gesetzt, A hat überwiegend Körperkräfte, B überwiegend geistige Kräfte verwendet, kann man hier denkbarerweise zu irgend befriedigendem Ergebniss gelangen, wenn man die Mitwirkung Beider isolirt betrachtet? Ziehen wir vorläufig den vielbesprochenen Rechtsfall herbei, hinsichtlich dessen

> Berner, Theiln. S. 215 ff. Grunds. des Preuss. Strafr. S. 43 ff.

seine Ansicht an letztgenanntem Ort so wesentlich geändert hat. A will im öffentlichen Forste Holz stehlen; er bewegt seinen Sohn (oder Dienstknecht) B mit Wagen und Pferden des A zum angegebenen Zweck in den Forst zu fahren, und daselbst das Holz zu holen, während er selbst (A) am Eingange des Waldes Wache steht. Beide haben (nach vollbrachter That) zu derselben körperlich und geistig mitgewirkt, aber der B überwiegend körperlich, der A überwiegend geistig. Als Mitthäter erscheinen sie der blos äusserlichen Zurechnung auf den ersten Blick, allein für die Strafzumessung fehlt es ihr an jeglichem Anhalt, da sie die Thatantheile isolirt auffasst. Dieselbe wird vielmehr erst dadurch ermöglicht, dass man die geistige Einwirkung des A auf den B und des letzteren Rückeinwirkung genau ins Auge fasst, was wiederum nur so geschehen kann, dass man vom ersten Beginn des Gedankenaustausches bis zur abgeschlossenen That die Mitwirkung eines Jeden in Verbindung mit der des Anderen betrachtet. Der angezogene Rechtsfall wird unten (§. 45. a. E.) seine Erledigung finden.

§. 31.
Innerliche Zurechnung: Der Schuldantheil.

Durch die Mangelhaftigkeit und Trüglichkeit vorstehender Ergebnisse sieht sich die strafrechtliche Beurtheilung einer Verbrecherconcurrenz zu derjenigen Zurechnung hingedrängt, welche wir die innerliche genannt haben, nämlich zu der Frage:

II. Welchen Schuldantheil hat jeder Betheiligte an dem vorliegenden Thaterfolge hinsichtlich des eigenen Thatantheils sowohl als des Thatantheils seiner Mitschuldigen?

Die Verschuldung, und damit auch die Strafwürdigung, ergibt sich in jedem Falle durch Beantwortung von zwei in dieser Hauptfrage bereits angedeuteten ferneren Fragen: In welchem ursächlichen Verhältniss stand

a. der Wille jedes Betheiligten zu seinem eigenen Thatantheil, und
b. Wille und That jedes Betheiligten zu dem Thatantheil eines jeden der übrigen Mitschuldigen?

Die Beschaffenheit der verbrecherischen Willensrichtung eines Jeden — dessen geistige Einwirkung auf den Anderen, nach Beschaffenheit, Umfang und Wirksamkeit — so lauten diese Momente kurz gefasst. Und befasst liegt im Ergebniss dieser beiden Untersuchungen der volle Schuldantheil.

Wird es mir gelingen, diese beiden Fragen — die der isolirten Schuld, und die der Mitschuld — in der Behandlung streng zu sondern? Bekenne ich es von vornherein: das Bestreben wäre ein fruchtloses. Wo lediglich geistige Kräfte wirken, theils als Selbstbestimmung des Willens theils als Einwirkung auf fremden Willen, da laufen die Fäden so bunt ineinander, dass haarscharfe Sonderung das Gewebe wiederum zu zerreissen droht. Umsoweniger durchführbar aber wird dieselbe bei casuistischer Erörterung, die hier wenn irgendwo dringend geboten ist. Nur mit diesem Vorbehalt wage ich an die grossen Fragen der isolirten Schuld und der Mitschuld hinanzutreten.

1. Die Beschaffenheit der verbrecherischen Willensrichtung eines jeden Betheiligten.

Auch nur mit annähernder Vollständigkeit angestellt, würde diese Untersuchung uns weit hinausführen über die Grenzen unsres Vorwurfs.

Ob die Ergebnisse der neueren criminalistischen Dialektik, welche Absicht und Vorsatz, und von Beidem den Zweck unterscheidet, als unbestreitbar und unbestritten feststehen, darüber hier rechten zu

wollen, kann mir nicht in den Sinn kommen. Die Begriffsbestimmungen bei

Berner, Theiln. Erster Theil. II—V, insbes. S. 66 ff.
Lehrb. §. 93.

halte ich für annehmbar (s. Einleit. §. 2. i. A.), aber lediglich vom Standpunct der Rechtsphilosophie. Das positive Recht fasst m. E. die Begriffe einfacher, dem praktischen Bedürfniss angemessener. Geleitet von richtigem Tact, befassen freilich die neueren Gesetzbücher sich einerseits nicht mehr mit Definitionen der verbrecherischen Willensrichtungen überhaupt, andrerseits noch viel weniger mit scharfer Unterscheidung von Absicht und Vorsatz, welche Ausdrücke vielmehr häufig promiscue gebraucht werden. Dagegen vermag der praktische Jurist die Frage nirgend abzulehnen, was er unter Vorsatz, was unter Fahrlässigkeit zu verstehen habe, mindestens dann nicht, wenn die Willensrichtung scheinbar auf der Grenze gelegen ist. Viel weniger denn die Theorie des positiven Strafrechts.

Ich glaube nun das Richtige zu treffen, wenn ich, anstatt Absicht und Vorsatz zu scheiden, beides unter den Vorsatz im weiteren Sinn (dolus) zusammenfasse, und diesen definire als die Willensrichtung auf ein bewusstes Handeln, mit dem Bewusstsein von dessen Strafrechtswidrigkeit. So der strafrechtliche Vorsatz. Bei dem civilrechtlichen würde ich — abgesehen von der Modification: Rechtswidrigkeit — Zweierlei einschalten; einmal „schädliches" Handeln, sodann „Schädlichkeit" und Rechtswidrigkeit. Jenes Verhältniss des Bewusstseins, als Voraussetzung, zum Willen ist es, welches in den gesetzlichen Bezeichnungen „mit Wissen und Willen, wissentlich und williglich" deutlich genug hervortritt. Die Mitwirkung des Willens zum verbrecherischen Erfolge ist hier eine klar bewusste, mogte immerhin dieses Bewusstsein nur momentan, und zwar unmittelbar vor der Thatausführung obwalten (übereilter Vorsatz, impetus), weil das Gleichgewicht der Seele durch die Allgewalt einer Einzelempfindung gestört war (Affect).

Auch die Fahrlässigkeit (culpa), soweit sie im Gebiet des positiven Strafrechts Aufnahme gefunden hat, theilt mit dem Vorsatz die Eigenschaft, ein Willensfehler, eine schuldhafte Willensrichtung zu sein. Aber das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit ist bei ihr nicht, wenigstens nur in unklarer Gestalt vorhanden. Ihr Wesen besteht darin, dass der Handelnde handeln wollte, ohne das Stadium seiner Erwägung erreicht zu haben, welches erreicht ihn überzeugt haben würde, dass sein Handeln ein rechtmässiges und unschädliches nicht sei. Darin,

dass er diese Erwägung abwarten beziehungsweise anwenden nicht will, besteht der Willensfehler. Wer jemals durch fahrlässiges Handeln eine Strafvorschrift übertreten — wir fügen hinzu: oder jemals dadurch eine civile Rechtsverletzung begangen —, dem wird gewissenhafte Erinnerung stets einen Zeitpunct aufweisen, in welchem er fernere Ueberlegung der Beschaffenheit und Folgen seiner Handlung und des Verhältnisses derselben zum Gesetz von sich abgelehnt hat, in welchem er noch weiter überlegen eben nicht wollte. Ist dies das Wesen jeglicher Fahrlässigkeit, dann kann die Definition, ganz im Anschluss an den Begriff des dolus, nicht schwer fallen: die Willensrichtung auf ein bewusstes Handeln (das Schaden angerichtet hat), ehe und bevor der Handelnde das Bewusstsein von dessen Rechtmässigkeit und Unschädlichkeit erlangt hatte. Der culpose agens will handeln, er will aber nicht das Ergebniss der Ueberlegung abwarten, ob sein Handeln dem Recht gemäss und ohne Schaden für Andere sei, vielmehr lehnt er mit mehr oder weniger klarem Bewusstsein diese Erwägung von sich ab. Man fordert aber diese Erwägung von dem aufmerksamen, vorsichtigen Menschen, man gestattet ihm nicht dieselbe ungestraft abzulehnen. Ich lege auf diese Begriffsbestimmung Gewicht. Nicht, weil heute zu befürchten wäre, es könne Jemand darauf verfallen, dolus und culpa als reine Gegensätze — was sie nicht sind, sondern vielmehr verschiedene Gestaltungen der widerrechtlichen Willensrichtung — aufzufassen, und die letzten Worte unsrer Definition durch die: „ohne Bewusstsein von deren Rechtswidrigkeit“ zu ersetzen; was beiläufig gesagt den vollkommen rechtmässig Handelnden zum culpose agens stempeln hiesse! Sondern weil man sich daran gewöhnt hat, die Definition der Fahrlässigkeit wenn nicht — fahren zu lassen, doch höchst stiefmütterlich zu behandeln; selbst die Schriftsteller, welche im Uebrigen scharfe und fassliche Definitionen zu bieten pflegen.

Schwebte nun dem Handelnden die Nichtrechtmässigkeit und Schädlichkeit seiner Handlungsweise als möglich vor, während er dennoch das Wirklichwerden des Gegentheils wünschte und hoffte — eine Hoffnung, die bei fortgesetzter Erwägung als trüglich und leichtfertig sich würde erwiesen haben — dann sprechen wir von schwerer Fahrlässigkeit oder Frevelhaftigkeit (luxuria, lascivia „Geilheit“ der P. G. O.); wenn nicht, so von einfacher Fahrlässigkeit oder Unvorsichtigkeit. Die Angriffe von

Köstlin, System. §§. 71. 72 und anderswo

und von

Bekker, Theorie des heut. D. Strafr. I. S. 421 ff.

haben nicht vermogt, die Frevelhaftigkeit aus dem Gebiet der culpa in das des dolus hinüberzutreiben.

Die aufgestellten Begriffe finden bei der Bestimmung der Schuldantheile von Mitverbrechern ihre Verwendung. Vorsatz und Fahrlässigkeit, als Willensrichtungen im Einzelverbrecher, erlangen nämlich im Fall der Verbrecherconcurrenz eine beschränktere oder ausgedehntere Tragweite, jenachdem bei dem Zusammenwirken des A und des B zum Erfolge beide in culpa, oder der eine in dolo der andere in culpa, oder beide in dolo versirten. Damit stehen wir zugleich bereits auf der Schwelle der Frage

2. nach dem Verhältniss der beiderseitigen Willensrichtungen und deren Einwirkung auf (Causalität für) einander.

Beginnen wir mit dem strafrechtlich bedeutungslosesten jener drei Fälle.

a. Es lag beiderseits beziehungsweise bei allen Betheiligten lediglich fahrlässiges Handeln vor.

Prüfen wir das bei

v. Buri, Zur Lehre von der Theiln. etc. S. 27

angeführte Beispiel in verkürzter Fassung: Zwei Wärterinnen Eines Kindes, die A und die B, befinden sich mit demselben am Ufer eines Flusses, wo das Kind spielt. Von Liebhabern aufgefordert gehen sie mit diesen zum benachbarten Tanzplatze, nachdem sie das Kind vom Ufer weiter entfernt auf die Wiese gesetzt haben. Letzteres fällt dennoch in das Wasser und ertrinkt. Beider Fahrlässigkeit trägt daran die Schuld.

Beiläufig mag hier ein Fehlschluss v. Buri's seine Berichtigung finden. Dieser setzt je ein anvertrautes Kind voraus. Die A, die Möglichkeit dass ihr Kind an das Wasser zurückkriechen könnte einsehend, hat dasselbe tiefer in das Gebüsch hineingetragen. Die B hat hieran gar nicht gedacht und das ihre am Wasser sitzend gelassen. Beide Kinder sind ertrunken. Hieraus will Buri den Schluss ziehen, die gewöhnliche Meinung, wonach luxuria als höherer und deshalb strafwürdigerer Grad der culpa hingestellt werde, sei schwerlich gerechtfertigt. Denn die A handelte in luxuria, die B in einfacher culpa; wer wolle aber die vorsichtigere A härter strafen als die weniger vorsichtige B? Ein offenbarer Fehlschluss. Freilich wird Niemandem die A strafbarer erscheinen, als die sorglose B. Allein nur darum nicht,

weil sie, nicht aber die B, Vorsichtsmassregeln angewendet hatte, die strafmindernd in die Wagschale fallen — eine durchaus selbständige Thatsache, mit der luxuria der A so wenig zusammenfallend, dass letztere auch ohne diese Thatsache (Vorsicht) vorliegen konnte. Die an sich höhere culpa bei Voraussicht des möglichen Unfalls wird dadurch aufgewogen, dass die A der als möglich vorausgesehenen Folge ihrer Pflichtvergessenheit vorzubeugen nach Kräften bemüht gewesen, zugleich aber eben durch diese Ausgleichung als an sich strafbarer anerkannt. Möglich überdies, dass auch die B der Gefahr sich bewusst, dennoch die Vorsicht unterlassen hat; dann war auch sie in luxuria, und zwar ohne jenen strafmindernden Umstand. Nur, wenn sie die Möglichkeit gar nicht bedacht hat, nur dann versirte sie in einfacher culpa (Unvorsichtigkeit).

In unserm Rechtsfall hat zwar möglicherweise jede der Wärterinnen ihren fahrlässigen Entschluss ganz selbständig gefasst. Allein, wie wenig wahrscheinlich! Schon das gemeinsame Hinwegtragen des Kindes — oder, wenn die A allein dies gethan, das Sehen und Wissen der B von diesem Gebahren der A — indicirt eine gegenseitige Einwirkung des fahrlässigen Entschlusses (oder Handelns) der einen auf den der anderen. Es ist somit auch bei fahrlässiger Betheiligung Mehrerer der Begriff einer Mitschuld, ja der Verleitung, Verführung, oder richtiger allgemein der Einwirkung und Rückeinwirkung keineswegs ausgeschlossen. Vielleicht verleitete die A ihre Mitschuldige; diese liess zum Mitgehen sich verleiten. Eine Bestärkung im Leichtsinn oder in der Unvorsichtigkeit, oder gar eine Quasi-Anstiftung dazu, ist nicht unerheblich für Zurechnung und Strafzumessung. Mögen immerhin diese Begriffe hier geringere praktische Bedeutung haben, wir geben es zu.

Gemeiniglich täuscht man sich durch unglücklich gewählte Casuistik. So, wenn

Berner, Grunds. S. 23

meint, ein durch fahrlässiges Handeln Mehrerer bewirkter verbrecherischer Erfolg begründe keine Mitschuld, keine Gemeinschaftlichkeit der Verantwortung, und dafür anführt: A lässt einen Stein vom Dache fallen; B thut zu gleicher Zeit dasselbe — Beide aus Fahrlässigkeit — beide Steine treffen den C, und bewirken dessen Tod. Warum hier — was man bei dolosen Vergehen so sorgfältig vermeidet (s. §. 32. i. A.) — ein Beispiel wählen, in welchem der Zusammenhang der Handlungen, das Mitwissen Beider, also auch die Möglichkeit einer Einwirkung, eben fehlt? Stellen wir diesem den von Wächter in dessen „Beilagen" irgendwo berührten Fall gegenüber: A und B wälzen zusammen einen Stein vom

Dach hinab auf die Strasse; dieser Stein trifft und tödtet den vorübergehenden C. Denken wir uns, sie haben im Wagniss sich gegenseitig — oder nur A den B — durch Zuruf bestärkt, oder A den B dazu verleitet. Der A meinte: Wie sollte eben jetzt da unten Jemand gehen? worauf B erwiderte: Nun, dann fort mit dem Stein! oder Aehnliches. Vielleicht hatte gar A ausgelugt, Niemanden in der Nähe erblickt, dies dem B berichtet. Allein jener C ist aus dem Hause getreten, während der Stein hinabfiel. Wir hätten hier einen ähnlichen Fall, wie den v. Buri's — Frevelhaftigkeit bei vorgängiger Vorsichtsmassregel.

Wer wollte im Ernst behaupten, es fehle hier an Einwirkung von Willen auf Willen, und an bestärkender Rückeinwirkung, an Steigerung der Unvorsichtigkeit zur Frevelhaftigkeit, oder gar an Verleitung zum Ablehnen fernerer Ueberlegung! Und sollte etwa ein Richter bei Zurechnung des Vergehens an den A und den B, bei Strafzumessung für jeden derselben, solche Thatumstände ausser Acht lassen können, dürfen? Sollte er diese unabweisliche Anforderung einfacher Gerechtigkeit zurückweisen, und an deren Stelle den ebenso kahlen wie kalten Satz befolgen, den die Doctrin ihm dictiren will: Hier ist von „Theilnahme" nicht die Rede; Jedem fällt die eigne culpa zur Last, Jeder wird für sein fahrlässiges Vergehen bestraft, ohne Rücksicht auf den Mitthätigen, ohne Rücksicht auf Thatumstände, welche bei dolosem Vergehen Strafzumessungsgründe allerdings sein würden? Der gesunde Tact des Richters wird solche Abstractionen der Doctrin nach Verdienst würdigen, deren Irrigkeit erkennen. Auf dem rechten Wege befindet sich schon

v. Buri a. a. O. S. 23 ff.

gewissermassen auch

Berner, Theiln. S. 353. —

Wir stellten uns bereits in den Gesichtskreis der Mitschuldfrage, was nach dem Vorbehalt im Anfang des gegenwärtigen §. keiner Rechtfertigung bedarf. Schon die fahrlässige Betheiligung einer Mehrheit lieferte den Beweis, wie die Elemente der Zurechnung in praxi wenigstens untrennbar sind. Doch wird uns im Folgenden die fahrlässige Mitthäterschaft beziehungsweise Hülfe nur selten wiederum begegnen, indem der specielle Vorwurf dieser Schrift, die sogenannte nothwendige Theilnahme, auf vorsätzliche Vergehen fast ausschliesslich hinweist.

b. Es liegt vor einerseits fahrlässiges, andrerseits vorsätzliches Handeln der Betheiligten.

Wir denken dabei keineswegs an die Fälle, welche z. B. das

Preuss. St. G. B. §. 34. 1).

in den Worten vorführt „wer den Thäter — — durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums — — angereizt, verleitet oder bestimmt hat". Denn hier meint das Gesetz ausschliesslich irrthümliche Motive des dolosen Thäters B, welche der Anstifter A vorsätzlich in ihm erweckt oder bestärkt hat z. B. Zorn, Rachsucht u. s. f. — also an der That selbst eine beiderseits dolose Betheiligung —

s. Hälschner a. a. O. S. 349 und 350 Anm. 4.

Vielmehr schweben uns Beispiele vor, wie die von

Kitka, Zusammentreffen etc. S. 56 ff.

Berner, Theiln. S. 289. u. A.

angeführten, in denen, um mit Hälschner a. a. O. zu reden, „von einem Irrthum des Thäters die Rede ist, welcher sich auf die zu verwirklichende verbrecherische Absicht des Anstifters bezieht". A bewegt den kurzsichtigen eine Hagelflinte tragenden B letztere auf einen nahen Erdhügel abzuschiessen, in der eignen aber dem B verschwiegenen Absicht, dass der dort schlafende C getroffen werden möge; dieser wird vom Schusse des B getödtet. Angenommen, es fiel hier dem B eine Fahrlässigkeit zur Last, dann hat A dolo, B culpa zur Tödtung mitgewirkt. Von Anstiften und Sichanstiftenlassen im eigentlichen Sinn ist nicht die Rede. Dennoch hat dolose Einwirkung des A auf die fahrlässige Willensbestimmung des B stattgefunden. Nicht blos über die Absicht des A ist B in Unkenntniss, sondern auch über die Thatsache, dass C am Erdhügel liegt, und eben diese Thatsache würde er möglicherweise bei schärferem Hinblicken bemerkt, oder doch deren Möglichkeit sich vorgestellt haben, hätte er nicht dem schärferen Auge des A vertraut. Ueberlegung und eigne Vorsicht von sich ablehnend, hat er den Schuss gethan. Seine fahrlässige Willensbestimmung ward durch geistige Einwirkung des A wenigstens zum Theil hervorgerufen oder befördert. Aber freilich, eine Rückeinwirkung des B auf den A in dem Verstande, wie bei dem Sichanstiftenlassen mit Bewusstsein und zum vorsätzlichen Vergehen, war in unserm Falle ausgeschlossen. Dem A ist zurechenbar: die dolose Willensrichtung plus der Einwirkung auf die fahrlässige Willensbestimmung des B — darin besteht die dolose Theilnahme am culposen Vergehen —, Letzterem lediglich die eigne Fahrlässigkeit.

Kehren wir nunmehr das Verhältniss zwischen Theilnahme und Thäterschaft einmal um. A, welcher im Hause des C stehlen will, macht dessen Pförtner B betrunken, in der Hoffnung, dieser werde im Trunkenheitsschlafe unterlassen, am Abend die Pforte zu schliessen;

der Anschlag gelingt. A benutzt also die selbst und vorsätzlich veranlasste Fahrlässigkeit des B zur Ausführung seiner dolosen That. Hier von fahrlässiger „Theilnahme“ des B reden, hiesse den Begriffen Gewalt anthun. So schon das römische Recht im Princip, wenn gleich in Anschluss an einen nur verwandten Fall

L. 53. pr. D. de furtis. 47, 2 (Paulus):

Qui injuriae causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti; nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.

L. 50. §. 2. eod. (Ulpianus):

Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.

Bei der Strafzumessung für den Dieb A muss die dolose Einwirkung auf das fahrlässige Handeln des B, gleich anderen besonders abgefeimten, prämeditirten Mitteln zur Begehung der That, nothwendig schwerer ins Gewicht fallen, als wenn A lediglich gesehen, wie der B fahrlässigerweise vergessen die Pforte zu schliessen, und diese Fahrlässigkeit eines Anderen zum Stehlen ausgebeutet hätte. B dagegen ist im einen wie anderen Fall für die Folgen seiner dienstcontractwidrigen culpa haftbar, natürlich nur civilrechtlich.

§. 32.

Innerliche Zurechnung: Der Mitschuldantheil.

Fassen wir nunmehr die dritte, für uns vorzugsweise erhebliche Möglichkeit ins Auge, nämlich

c. ein beiderseits (allseitig) vorsätzliches Handeln der Betheiligten.

Hier sind wiederum zwei Hauptfälle streng zu unterscheiden — um den dritten, in welchem Keiner um die vorsätzliche (gleichzeitige) Handlung des Anderen weiss, mit dem Schulbeispiel: A und B, von einander nicht wissend, lauern beide gleichzeitig dem C auf, und tödten diesen durch gleichzeitige Schüsse aus dem Hinterhalt (Concurrenz zweier selbständigen Verbrechen lediglich im Erfolge) als nicht hierher gehörend unerörtert zu lassen. Entweder die Mitwirkung eines Jeden ist für das Bewusstsein des Anderen vorhanden, also beiderseitig — oder nicht, sondern nur einseitig. Letzteres, sowie den ganzen Unterschied, hat mit Recht hervorgehoben

Luden, Abhh. II. S. 351 ff. 359 ff.

und die dagegen von

Berner, Theiln. S. 319 ff. insbes. 322,
Hälschner a. a. O. S. 322 und das. Anm. 2
erhobenen Zweifel entbehren m. E. jeglichen Grundes.

Das lediglich einseitige Bewusstsein, und daher die Unmöglichkeit eines Einverständnisses unter den Betheiligten springt in die Augen in folgendem Rechtsfall. Der A, welcher seinen Nachbarn C hassend auf Rache gegen diesen sinnt, sieht in der Abenddämmerung von seinem Fenster aus, wie ein verdächtiges Individuum, der B, spähend um die Gartenmauer des C herumschleicht. Er schliesst daraus, dass B den C mindestens bestehlen will, aber einen Zugang zum Gartenhause des C schwerlich finden wird. Um nun dem B die Ausführung der That zu ermöglichen, öffnet er, von diesem ungesehen, die Pforte seines eignen benachbarten Gartens, und besteigt wiederum seine Warte, um den ferneren Lauf der Dinge zu beobachten. Richtig; der B gelangt an die offene Pforte, schleicht auf diesem Wege in den anstossenden Garten des C, und bestiehlt diesen, nicht ahnend dass ein theilnehmendes und beifälliges Auge ihn bei der That begleitet und ihm zur That die Bahn gebrochen hat.

Hier steht nichts im Wege, den A als thätigen Helfer zum Diebstahl des B zu bezeichnen, aber freilich in einem besonderen ungewöhnlichen Sinn. Vorsätzlich leistete der A dem B Hülfe, aber ohne dessen Wissen, nicht für dessen Bewusstsein, also auch ohne geistige Einwirkung auf die Willensrichtung des Thäters. Dies muss bei der Zurechnung und Strafzumessung allerdings ins Gewicht fallen. Der Helfer A ist ebendeshalb weniger strafbar, als wenn er seine Hülfleistung mit dem B beredet oder auch nur diesem mitgetheilt, und so auch geistig (hier bestärkend) auf diesen eingewirkt hätte, was eine doppelte Zurechnung begründen würde: 1. der vorsätzlichen Thathülfe plus 2. der verbrecherischen geistigen Einwirkung auf den Thäterwillen. Lediglich 1. fällt ihm hier zur Last. Aber auch für den B ist der Umstand nicht ganz unerheblich. Ihn trifft lediglich die Zurechnung und Strafe seines Diebstahls schlechthin; es fehlte am Bewusstsein der Hülfe, umsomehr am Straferhöhungsgrunde der Beredung — man nennt ja heute wunderlicherweise die Vorberedung zwischen Thäter und Helfer nicht „Komplott" (wovon unten §§. 36. 37) — mit dem A. Aber der Grund liegt tiefer: wo das Bewusstsein der Hülfe mangelt, da fehlt die Möglichkeit des Einverständnisses; und wo das Einverständniss mangelt, da fehlt die bestärkende geistige Rückeinwirkung des Thäterwillens auf den Helferwillen. Ich sollte meinen, die Sache wäre so klar, dass sie weiterer Erörterung nicht bedürfte. —

Das beiderseitige — auf beiden Seiten, aber für Jeden einseitig, vorhandene — Bewusstsein involvirt nun ferner noch keineswegs ein Einverständniss, eine Willenseinigung, ein gemeinsames Wollen der That. Einen Fall wie den hier gemeinten hält, unter Beistimmung von

Hälschner a. a. O. und
Zachariae, Arch. des Crim. R. N. F. 1850. S. 268 ff.,
Berner a. a. O. S. 322

für „kaum möglich". „Dass zwei Personen an demselben Erfolge arbeiten, jeder den gleichen animus des anderen erkenne, und dennoch sich kein gemeinsames Wissen um die Gemeinsamkeit des Wollens entwickele" — das also hält Berner, im Widerspruch gegen Luden, für kaum möglich. Noch mehr. Er fügt hinzu: auch die Möglichkeit angenommen, könne doch die Beurtheilung jedes einzelnen der Betheiligten durch dies gemeinsame Wissen um das gemeinsame Wollen gar keine Modification mehr erleiden; Jeder mache auch ohnedies die Handlung des Anderen zu der seinigen (!), müsse ohnehin das Ganze vertreten; mehr aber als das Ganze würde man ihm auch bei gemeinsamem Wissen nicht aufbürden können. Weder Berner noch Hälschner hat sich den Fall klar vorgestellt. Die ganze herrschende Lehre vom „Komplott" unter Mitthätern, wo bleibt sie denn? In der That, wir würden Gefahr laufen, jenen hervorragenden Criminalisten Unrecht zu thun, wollten wir reifliche Erwägung der Frage voraussetzen. Nachstehender Rechtsfall — äusserlich nicht unähnlich dem bei v. Buri a. a. O. S. 15 mitgetheilten — wird diesen dunkeln Fleck entfernen:

Die Grundeigner der Marschcommüne S., deren tiefliegende Ländereien, an dem in die Nordsee mündenden Flusse E. belegen, durch einen zehn Fuss hohen Deich von übrigens nur geringer Stärke gegen den Flutandrang geschützt werden, haben zu verschiedenen Zeiten zwei übelberüchtigte Individuen, den A und den B, von ihrer Schleusengenossenschaft ausgeschlossen. Beide, jeder für sich, sinnen seitdem auf Rache. Am Vorabend einer Nacht, in welcher Hochflut bevorsteht, begibt sich A mit Spaten und Hacke an eine abgelegene, aber besonders schwache und schadhafte Stelle jenes Deichs mit dem Plan, denselben theilweise zu durchstechen, und in der Hoffnung, die Flut werde dann in das Innere des Deichs eindringend diesen durchbrechen, Land und Saaten der Commüne S. überschwemmen. Nachdem er von der Wasserseite her eine Weile gearbeitet, hört er, fast schon am Erfolg verzweifelnd, ein Geräusch an der entgegengesetzten Böschung des Deichs. Vorsichtig hinaufgestiegen und hinüberlugend, erblickt er den B bei ähnlicher Arbeit beschäftigt. Dieser war

nämlich aus gleichem Beweggrunde zu einem gleichen verbrecherischen Entschluss gelangt, und von der ihm näher belegenen Landseite her zu gleichem Zweck in den Deich an jener Stelle eingedrungen, ohne von dem Vorhaben des ihm wenig bekannten A irgend etwas zu wissen. A, durch die Kenntniss der entgegenarbeitenden Thätigkeit des B mit neuer Hoffnung erfüllt, setzt darauf seine Mineurarbeit fort. Alsbald vernimmt aber auch B nunmehr Laute von der Wasserseite. Er klimmt an der Böschung hinauf und, die Thätigkeit des A wahrnehmend, getröstet auch er sich der unverhofften Unterstützung, ohne übrigens seine Anwesenheit zu verrathen. So „freut sich das entmenschte Paar", aber Jeder für sich und Jeder vom Anderen sich unbemerkt glaubend, des Zusammenwirkens. Um 10 Uhr geht A, eine halbe Stunde später auch B seines Weges. Nach Verlauf von zwei Stunden wälzte die halbsalze Flut ihre Wogen über die junge Erndte der Aecker.

Nachdem der A als verdächtig eingezogen worden, denunciirte er den arglosen B, dieser wiederum, unbekannt mit seinem Verräther, den bereits inhaftirten A. Jetzt erst erfuhr Jeder, nicht fürder zu seiner Freude, sondern zu grossem Leidwesen, wie der Andere von seinem verbrecherischen Treiben Kunde gehabt und diese Kunde ausgebeutet habe.

Nicht das Wissen von des Anderen Mitwirkung war es, welches zur Zeit der That Jedem fehlte, sondern das Wissen — um des Anderen Wissen. Jeder glaubte sich vielmehr vom Anderen unbemerkt. Ohne *gemeinsames* Wissen kein gemeinsames Wollen, keine *Willenseinigung*; ohne Willenseinigung („Einverständniss", Verständigung) keine *gegenseitige geistige Einwirkung*. Nicht das lediglich beiderseitige, für jeden Einzelnen aber einseitige Bewusstsein, sondern erst *gemeinsam gewusstes und gewolltes* — so zu sagen: verständigtes — *Zusammenwirken von Wille und That* bildet das Kennzeichen der *eigentlichen verbrecherischen Mitwirkung*, sei im Uebrigen dieselbe Mitthäterschaft oder Thäterschaft und Hülfe, oder endlich Thäterschaft und Anstiftung.

Dies erkennt der praktische Blick

Temme's, Lehrb. des Preuss. Strafr. S. 323 ff.

Dennoch hat seine kurze Auseinandersetzung dem Anschein nach wenig Beifall gefunden. Daran trägt m. E. die Schuld grossentheils die Wahl von keineswegs ganz zutreffenden Beispielen, zum geringeren Theil auch nichthinreichende Schärfe in Bezeichnung des punctum saliens. Mit vollem Recht aber behauptet er, das Wissen von einander

sei noch weit entfernt vom Mitwissen, — eine Unterscheidung, die in unserm Falle vollkommen einschlägt.

Zugleich dient unser Rechtsfall zur Verdeutlichung alles Vorstehenden; nirgend tritt der Unterschied zwischen Thatantheil und Schuldantheil, und deren Verhältniss zu einander, mit grösserer Klarheit zu Tage. Zu dem eingetretenen Erfolge hat mit einer Naturkraft zusammengewirkt die verbrecherische Thätigkeit des A und des B. Die des A bildet dessen, die des B dessen Thatantheil. Jedem fällt sodann die vorsätzliche und zwar überlegte Willensrichtung zur Last, welche seine Thätigkeit hervorrief und leitete. Darin besteht sein Schuldantheil. Derselbe ist vollständig gesondert von dem des Anderen; denn, war gleich sein einseitiges Wissen von dessen Mitthätigkeit vorhanden, so fehlte es doch an jeglicher bewussten und gewollten geistigen Einwirkung des Einen auf Willen und That des Anderen, und demzufolge an derjenigen Schuld, die in Erweckung beziehungsweise Steigerung des verbrecherischen Entschlusses im Geiste des Nebenmenschen bestehen würde (vgl. oben §. 18). Jeder trägt also seinen Schuldantheil, nicht aber einen Mitschuldantheil, d. h. einen Antheil an der Schuld des mitwirkenden Anderen. — Hieraus folgt, dass bei der Zurechnung und Strafzumessung für den A sowohl als den B lediglich der gesammte Thaterfolg als vollendetes Verbrechen in Anschlag kommen muss. Dafür, dass Jeder, hätte er die Mitwirkung des Anderen nicht wahrgenommen, vielleicht das Unternehmen als erfolgloses wiederum würde aufgegeben haben (freiwilliger Rücktritt), oder dass Jeder, hätte er allein gearbeitet, bis zur Flutzeit eine hinreichende Schwächung des Deiches nicht würde herbeigeführt haben, demnach bei dem Versuche des Verbrechens würde stehen geblieben sein — weder für das Eine noch Andere liegen genügende Anhaltspuncte vor. Jedenfalls aber würden diese Umstände, wenn erwiesen, ganz unerheblich sein, da dem Thäter das vollendete Verbrechen als solches zugerechnet wird auch dann, wenn derselbe, ausser Naturgewalten, die mitwirkende Thätigkeit anderer Menschen — ob Thäter oder Helfer — gekannt und demgemäss benutzt hat. — Demnach trifft Jeden die Strafe des vollendeten vorsätzlichen gemeingefährlichen Verbrechens, das man allenfalls „Ueberschwemmung-Stiftung" (analog der Brandstiftung) nennen könnte, neuere Gesetzgebung als „verursachte Ueberschwemmung" bezeichnet.

Vgl. das Preuss. St. G. B. §. 291. beziehungsweise 290.

Innerhalb des gesetzlichen Strafmasses aber kommt sehr wesentlich in Betracht, dass ein verbrecherisches Einverständniss d. h. eine so oder

so gestaltete, mehr oder minder schwer belastende geistige Einwirkung des A auf den B, und umgekehrt, in keiner Weise stattgefunden hat. Beispielsweise mag das Strafurtheil Beiden je 8 Jahre Zuchthaus zuerkennen, welche Strafe, wenn eine während der That stattgefundene Verständigung oder Willenseinigung hinzugetreten und dieser gemäss die Thätigkeit eines Jeden als gemeinsame fortgesetzt wäre, etwa zu 10jährigem Zuchthaus würde gesteigert werden müssen. Dieser straferhöhende Zumessungsgrund findet auf das blos einseitige, wenn gleich in Beiden vorhandene, Wissen keine Anwendung.

Den erwähnten Straferhöhungsgrund — welcher in der Vorverständigung (s. unten §§. 38. 39) seinen Höhepunct erreicht — kann das positive Recht im einzelnen Fall zum Strafschärfungsgrunde gestalten. So

das Preuss. St. G. B. §. 329. Al. 2,

wo von dem einer Prävarication schuldigen Rechtsbeistande gesagt wird: Handelt derselbe vorsätzlich im Einverständniss mit der Gegenpartei zum Nachtheil seines Clienten, so tritt Zuchthaus etc. ein.

§. 33.

Gesammtergebniss.

Allmäliges Hinaufsteigen von Stufe zu Stufe der äusseren und inneren Zurechnung hat uns bereits dem Gipfel nahe gebracht, dem engsten Begriffe der Verbrechermehrheit, welchem eine Willenseinigung zum Grunde liegt. Diese aber entwickelt sich zunächst aus dem Mitwissen, so zu sagen der Wissenseinigung, zur Verständigung über den Sonderwillen eines jeden Betheiligten, sodann aus der Verständigung zum Einverständniss und gemeinsamen Wollen. Die Verständigung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein — darauf kommt wenig — sie kann eine der That bereits vorhergehende (Vorverständigung) oder eine erst während der Thätigkeit selbst d. h. nach einerseits oder beiderseits begonnener Thätigkeit eintretende (incidente Verständigung) sein — darauf kommt mehr an. Schon hier im Vorwege aber ein später (§§. 36. 37) zu begründender Protest. Ich verwahre mich gegen jegliche Anerkennung des Komplottbegriffs, als einer Vorberedung unter sog. Miturhebern. Diese begriffliche Ausscheidung entbehrt m. E. jeden haltbaren Grundes, gleichsehr in der Rechtsphilosophie wie im positiven Recht. Dies zur Abwehr gegen Missdeutung des Folgenden.

Es hat sich bereits ergeben, dass von eigentlicher, engster Ver-

brecherconcurrenz nur dann die Rede sein kann, wenn Zweierlei in der concreten verbrecherischen That constatirt ist:

1. eine allseitig vorsätzliche Betheiligung am verbrecherischen Erfolge,
2. eine allseitige Willenseinigung, wenn nicht vor so doch mindestens während der That d. h. vor dem Abschluss des strafrechtlich relevanten Thaterfolges.

Daraus folgt, dass die sogenannte Begünstigung — welche der Betheiligung in einem weiteren Verstande allerdings angehört — im Nachstehenden nur eine geringe gelegentliche Berücksichtigung zu gewärtigen hat.

Die sittliche Schuld, welche in der Willenseinigung liegt, verwirklicht sich durch verbrecherische und zwar vorsätzliche geistige Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung des Einen auf Willen und That des Anderen. Die erstere kann in doppelter Gestalt auftreten, in der mehr strafbaren der Erweckung des verbrecherischen Entschlusses, oder in der minder strafbaren der Stärkung desselben, — die letztere lediglich in der zweiten Gestalt.

Soll aber alsbaldunser Material an den Einzelbegriffen: Thäterschaft, Anstiftung, Hülfe seine Probe bestehen, so bedarf dasselbe vorerst einer Uebersicht und Sammlung. Es erscheint geboten, ein Gesammtergebniss der äusserlichen und innerlichen Zurechnung voranzustellen.

Jeder von mehreren bei Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges schuldhaft Betheiligten ist zu strafen nach Beschaffenheit und Umfang

1. seines (äusseren) Thatantheils an dem verbrecherischen Ergebniss — sei dasselbe Versuch oder Vollendung — m. a. W. des Antheils, den seine in die Aussenwelt hervorgetretene Thätigkeit (die Anwendung seiner eignen körperlichen wie geistigen Kräfte und Mittel) als Ursache an dem Ergebniss als Wirkung gehabt hat; plus der Beschaffenheit und dem Umfang
2. seines (inneren) Schuldantheils an dem verbrecherischen Ergebniss, m. a. W. des Antheils, den seine Willensthätigkeit (Anwendung von Willenskräften) als Ursache an dem Ergebniss als Wirkung zu verantworten hat.

 Dieser Schuldantheil aber zerfällt nun wiederum in folgende Bestandtheile, in

 a. die Causalität des rechtswidrigen Willens eines Jeden

im Verhältniss zu seiner eigenen Thätigkeit (der isolirte oder Eigen-Schuldantheil).

Hier ist zu unterscheiden Vorsatz im weiteren Sinn (dolus) und blosse Fahrlässigkeit — im ersten Fall möglicherweise prämeditirter (überlegter) und nichtprämeditirter (übereilter) Vorsatz, im zweiten, ob Frevelhaftigkeit oder einfache Unvorsichtigkeit vorlag. Doch findet bei lediglich fahrlässiger Mitwirkung die folgende Untersuchung keinen erheblichen Spielraum.

b. Die Causalität des rechtswidrigen Willens eines Jeden für Willen und Thätigkeit des Anderen, m. a. W. die verbrecherische geistige Einwirkung (der Mitschuldantheil).

Nach Art und Mass dieser seiner geistigen Einwirkung trägt der Einzelne die Mitschuld an dem Verbrechensantheil des Mitverbrechers, die — sittliche Mitschuld. (Anders fasst den Begriff der „sittlichen Schuld"

Hälschner, Syst. I. §. 70).

Entweder nämlich: er hat die widerrechtliche Gesinnung des Letzteren hervorgerufen, erweckt, erzeugt, so dass er gewissermassen als „geistiger Schöpfer der That" erscheint

Köstlin, N. Rev. §. 137. S. 483,

übrigens eine Bezeichnung, die cum grano salis zu verstehen ist (wovon unten §§. 41 ff.). Oder: er wirkte auf die bereits vorgefundene widerrechtliche Gesinnung des Anderen lediglich stärkend ein, nämlich dieselbe kräftigend durch das Bewusstsein der Uebereinstimmung im Bösen, also der Gemeinsamkeit, — was in grösserem oder geringerem Masse gewollt und geschehen sein kann.

Diese Factoren zusammengenommen bestimmen den zurechenbaren gesammten Antheil des Einzelverbrechers, und zugleich sein Strafmass innerhalb des gesetzlichen Rahmens, wobei natürlich die Vergleichung der ermittelten Gesammtantheile Aller Mitschuldigen unter einander nicht ausser Augen gelassen werden darf.

So verfährt denn auch die Praxis wirklich; nicht heute blos — so ist sie zu allen Zeiten verfahren, wo nicht das Gesetz durch absolute und gleiche Strafbestimmung für alle schuldhaft Betheiligten jegliche Zumessung und Abschätzung ausgeschlossen hatte. Jene Gesichtspuncte leiten die richterliche Strafausmessung für jeden Mitschuldigen: der Antheil an der That, der Antheil an der Schuld, bestehend in

Eigenschuld (sit venia voci) und in Mitschuld. Hiernach wird, soweit nicht das positive Gesetz für einzelne Vergehen anders bestimmt hat, abgeschätzt und abgewogen, wer unter den Mitverbrechern der relativ strafwürdigste, wer auf die nächstuntere Stufe zu stellen sei, u. s. f. Nicht die Schulbegriffe vom Urheber und Gehülfen, von Miturhebern schlechthin und Komplottanten sind es, nicht das unselige Axiom (oder soll ich es Postulat nennen?), jeder Komplottant oder gar jeder Miturheber habe die ganze That als „Gesammtthat" zu büssen — dem Himmel sei gedankt — nicht Erwägungen dieser Art sind es, welche das richterliche Ermessen in Wirklichkeit leiten, mag immerhin von Schlagworten pro causa coloranda Gebrauch gemacht werden.

Wo aber gesunder Tact den Richter in richtige Bahnen lenkt, immer gelenkt hat, da ist es recht eigentlich Aufgabe der Wissenschaft, klar Erkanntes in klaren Sätzen an die Stelle des dunkel Vorschwebenden zu setzen, das Rechtsgefühl zum Rechtsbewusstsein zu erheben, m. E. W. wahrhaft Theorie zu sein. Mag dabei von den Schulbegriffen Manches über Bord geworfen werden, weil es die schnurgerade Fahrt hindert. Nicht Verlust ist das, sondern Gewinn.

B. Die Schuldantheile der Mitverbrecher im Einzelnen.

§. 34.

I. Die Mitthäter.

Ueber unsere Grundlage schlugen wir einstweilen ein Nothdach. Nunmehr muss sich zeigen, ob sie den weiteren Ausbau im Einzelnen wie im Ganzen zu tragen vermag. Die Mitthäterschaft wird den Reigen eröffnen; diese aber setzt den Begriff der Thäterschaft voraus.

Ich habe den Ausdruck und Begriff „Urheber" bereits in der Einleitung §. 2. verworfen, und zwar nicht blos mit

Stübel, Theiln. §. 12 ff.
Henke, Handb. I. S. 266.
Kitka, Zusammentreffen etc. §. 40. a.
Mittermaier, N. Archiv. III. S. 125. u. A.

die ausgedehnte moderne Bedeutung, welche physische und intellectuelle Urheber und Miturheber unterscheidet, sondern in jeglichem Sinn. — Den Thätern stelle ich gegenüber die betheiligten Nichtthäter (s. unten §§. 41 ff.).

Thäter ist, wer die verbrecherische That gewollt und selbst ge-

than d. h. durch Anwendung eigner geistiger wie körperlicher Kräfte die dem Verbrechensbegriff entsprechende Thätigkeit in Ausführung gebracht, somit das Verbrechen ins Werk gesetzt, begangen hat. Die That ist sein Werk, mag er in eigenem Interesse, zur Verwirklichung eigener Zwecke allein, oder daneben in fremdem Interesse gehandelt haben. Hierdurch wird das m. E. irreleitende Merkmal „als sein Werk" oder „als seine eigne Angelegenheit"

Geib, Lehrb. II. §. 104.

abgewiesen, ein Zusatz, welcher von Anbeginn zu falschen Folgerungen Anlass geboten hat und noch heute bietet. So will noch

v. Buri, Theiln. S. 5 ff. insbes. S. 9.

den Thäter („Urheber") kennzeichnen durch „das Interesse", den eignen selbständigen Zweck, welchen derselbe verfolge. Wenn dem genannten Schriftsteller die Durchführung dieses Gesichtspunctes misslingt, wenn er das Kennzeichen späterhin stillschweigend wiederum fallen lässt, so kann das nicht Wunder nehmen. Denn sein Standpunct ist schlechterdings undurchführbar. Schon die Erfahrung, welche bei ähnlichem Versuche

Hepp, N. Archiv. 1846. S. 312 ff. — 1848. S. 262 ff.

gemacht hatte, musste von dessen Wiederholung abschrecken. Thäter wie Helfer, Anstifter wie angestiftete Thäter und Helfer, endlich die Mitthäter — alle diese verfolgen jeder für sich ihre eigenen individuellen Zwecke oder Interessen.

Aber auch die Verwirklichung der „eignen Absicht" bei

Berner, Theiln. S. 171

— ein Kennzeichen, das dem Anschein nach nicht festgehalten wird in

Dessen Grunds. S. 20. Lehrb. §. 108 —

und bei

Köstlin, Syst. §. 90,

ist nicht stichhaltig, schon weil es auch fahrlässige Thäter gibt. Auch soll der Zusatz wohl nur bei dolosen Verbrechen zwischen Hülfe und Thäterschaft das Unterscheidungsmerkmal herstellen. Darüber unten im §. 46. Näheres. Für das Verhältniss anderen Nichtthätern gegenüber ist das Merkmal jedenfalls unbrauchbar. Der Anstifter will durch den Thäter nicht dessen, sondern die eigene Absicht verwirklichen, dennoch nichts weniger als Thäter sein. Ja, hätte er diesen Willen, dann wäre das eine opinio veritati contraria. Er ist nicht Thäter, wenn er die That nicht begeht. Was aber den Thäter als solchen allerhöchstens von gewissen, nicht aber von allen betheiligten Nichtthätern scheidet, gehört offenbar zu den wesentlichen Merkmalen der Thäterschaft nicht.

Man fällt vielmehr durch jenes Kriterium in den unklaren Begriff des „Urhebers" zurück, welcher Thäter und anstiftenden Nichtthäter durcheinanderwirft, wahrlich nicht zum Vortheil der Begriffsbestimmung, und im Widerspruch mit der einfachen Auffassung gleichsehr der Quellen und des gesunden Menschenverstandes.

Darauf, ob er auf eigenen oder fremden Antrieb die That bewerkstelligt haben mag, kommt für den Begriff des Thäters nichts an; mit andern Worten: ob er angestifteter oder nichtangestifteter Thäter war. Ob aus eigenem, ob aus fremdem Antriebe, immer hat er zur verbrecherischen That sich selbst bestimmt, und diesen Entschluss selbst ausgeführt.

Andrerseits aber ist die Selbstausführung der That keineswegs buchstäblich, sondern sinngemäss zu nehmen. Denn nicht blos durch Anwendung eigner körperlicher Kräfte, auch dadurch kann Jemand Thäter werden, dass er der Kräfte eines Unfreien oder Unzurechnungsfähigen oder über den Character der Handlung Getäuschten sich bedient. Als Werkzeuge des Thäters können nicht blos leblose Dinge dienen, sondern ebensowohl lebendige, und nicht blos Thiere, sondern auch Menschen — aber freilich nicht als Menschen d. h. Wesen mit Willkür und Selbstbestimmung (s. oben §. 18), sondern als Werkzeuge „nach Art eines Naturkörpers".

Berner, Theiln. S. 283.

Dies ist denn auch unbestritten, und nach unsrer Theorie so zu fassen: Eine solche That wird nicht durch Einwirkung des A auf den Willen des B und dessen Rückeinwirkung auf den A vermittelt, sondern durch Benutzung eines willenlosen B als Nichtmenschen. Dieser trägt somit am fraglichen Verbrechen keinerlei Mitschuld. „Unfreiwillige" und dennoch verbrecherische Betheiligung ist ein logischer Widerspruch. —

Alleinthäter braucht der Thäter nicht zu sein. Es gibt sogar Verbrechen, deren Begriff die Thätermehrheit voraussetzt (s. unten Abschnitt III). Doch, davon ganz abgesehen: Mitthäter ist, wer als Thäter mit einem anderen Thäter (oder mehreren solchen) zur Begehung Eines Verbrechens zusammenwirkt.

Hier ist es nun von vornherein eine gefährliche Behauptung — die freilich nur für sogenannte „Miturheber" im Allgemeinen aufgestellt zu werden pflegt, in diesem Mischbegriff aber zugleich die Mitthäter trifft —, dass jeder dieser Theilnehmer (das Wort im umfassenden Sinne der gemeinrechtlichen Doctrin genommen) „an sich selbst Urheber, den übrigen als Gehülfe oder als physischer Urheber dient, und sich von ihnen in gleicher Weise dienen lässt"

Hälschner, Syst. I. §§. 91. 92. auch S. 381. 383.

Von Anderen wird dies geradezu falsch so gefasst: Jeder von ihnen sehe wechselseitig seinen Mitthäter als seinen Gehülfen an. Also: jeder Mitthäter betrachte den Mitthäter nicht als solchen, sondern als seinen Gehülfen. Im Gegentheil: er betrachtet, respectirt ihn eben als Thäter, aber als seinen Mitthäter. Und wenn er einmal irriger Weise denselben als seinen blossen Gehülfen ansähe, würde dann diese rein individuelle Auffassung oder Selbsttäuschung der objectiven Wirklichkeit gegenüber irgend etwas vermögen? Plus est in re, quam in opinione. Käme überall irgend etwas darauf an — man würde ihm nicht leicht Glauben schenken.

Verständlicher, aber nicht ungefährlich ist Hälschners Fassung a. a. O.: Freilich ist er „Urheber"; allein dennoch dient er den übrigen, und diese ihm, als Helfer (Gehülfe). So im Wesentlichen schon

Bossius. l. l. Tit. de homicid. nr. 24 u. A.

Thäterschaft und Hülfe sind aber Begriffe, die einander ausschliessen. S. dagegen auch

John, Kritiken etc. S. 33.

„Eine Person kann mit Bezug auf ein bestimmtes Verbrechen nur entweder Thäter oder Gehülfe sein. Es ist absolut undenkbar, dass sie sowohl Thäter wie auch Gehülfe sein kann. — — Niemand kann an ein und demselben Verbrechen sowohl Mitthäter als Gehülfe sein."

Nur in Einem Sinn würde jene Behauptung Wahrheit enthalten. Der Mitthäter im eigentlichen Verstande d. h. der mit Wissen und Willen eben Mitthäter ist und sein will, wird von den übrigen wenn nicht angestiftet, so doch durch geistige Einwirkung zur That gestärkt, stärkt wiederum sie in gleicher Weise, ja selbst wenn er Anstifter der übrigen ist, wird er durch der angestifteten Mitthäter geistige Rückeinwirkung selbst gefördert. Dies aber meint offenbar weder Hälschner noch einer seiner Vorgänger in jener Behauptung. — Wir dagegen sagen: Beiträge leisten alle Mitthäter (zum Thaterfolge), Beihülfe (einer dem anderen) leisten sie nicht. — Der Laie zwar mag mit ungenauem Ausdruck so reden: „A und B haben einander dabei geholfen, beigestanden", wenn diese als Mitthäter den C mordeten. Allein, entweder weil er die Beschaffenheit der Einzelhandlung dahingestellt sein lässt, ob Hülfe ob Thäterschaft und bei wem von beiden vorliege, wer also Thäter wer nur Helfer sei, und dabei das benignius zur Bezeichnung beider wählt; oder weil er in loser, bequemer Denk- und Sprechweise über-

haupt jegliches Zusammenwirken „Einander helfen" zu nennen pflegt. Auch populäre Gesetzessprache mag diesem Laienstandpunct gelegentlich sich anbequemen. So die vielleicht auf „unverständige" d. h. nichtrechtskundige Urtheiler (vgl. Vorrede zum Proj. II der P. G. O. und deren eignen Art. 146) berechneten Worte im Art. 148 der P. G. O. „einander hilff und beistandt thun, dieselben thätter" etc., und weiterhin „bey einander weren, einander helffen". Von unsrer heutigen Doctrin dürfen wir aber streng juristische Ausdrucksweise fordern.

Noch wunderlicher nimmt jener Satz sich aus, wenn man bedenkt, dass die Neueren ihr „Komplott" auf „Miturheber" beschränken, die Helfer also davon ausschliessen. Und dennoch sollen die Mitthäter (Komplottanten) einander gegenseitig als Gehülfen d. h. als Nichtkomplottanten ansehen! Jeder dieser Thäter hat ja eben mit anderen Thätern als solchen die That als gemeinsame, durch ihrer aller Thäterschaft hervorzubringende, beredet. Anklänge von diesem falschen Lehrsatze finden sich auch bei

Köstlin, N. Rev. §. 149. S. 563,

ein schwächerer Nachklang in

Dessen System. §. 102.

Einen Anlauf nimmt auch

Berner, Theiln. S. 348. insbes. S. 351 unten,

während er in den

Grunds. des Preuss. Strafr. §§. 23. 63.

im vollen Rückzuge sich befindet, und im

Lehrb. §. 111.

bereits in unserem Lager zu stehen scheint.

Dagegen bleibt Berners Definition der Mitthäterschaft hier wie dort unvollständig. Nicht „die Absicht, das Verbrechen selbst und zwar in Gemeinschaft mit Anderen zu begehen" (Grunds. §. 23 a. E.), macht den Mitthäter, sondern die, dasselbe u. s. w. mit anderen Thätern auszuführen. Nicht, „wer das Verbrechen mit begeht" (Lehrb. a. a. O.), ist Mitthäter. Die blosse Thathülfe muss bestimmter ausgeschieden werden; es muss heissen: als Thäter mit einem oder mehreren Thätern begeht. Forschen wir aber der tieferen Quelle aller dieser Unklarheiten nach, so finden wir sie unschwer in dem trüben Schulbegriff der Urheberschaft und Miturheberschaft, welcher das Verschiedenartigste zusammenschüttend den klaren Strom in Morast verwandelt hat. Man denke nur immer, was da alles vermengt und gemischt wird: Anstifter, Mitanstifter, angestiftete Thäter, unangestiftete Mitthäter. Was

Wunder, wenn dabei auch noch die Gehülfenschaft nahe an den Rand des Sumpfes geräth. —

Im eigentlichen Verstande aber sind nur die Mitthäter, welche mit gemeinsamem Bewusstsein und Willen als Thäter Einer That zusammenwirken. Dadurch werden von dem strafrechtlich relevanten Begriff ausgeschieden nicht blos die allseitig unbewussten, nicht blos die nur einseitig unbewussten, sondern auch die beiderseits bewussten jedoch nicht im Einverständniss zusammenhandelnden Thäter, z. B. die Ueberschwemmungstifter A und B im Rechtsfall des §. 32. Erst die Verständigung vor oder während der That über diese als gemeinsames Thäterwerk erzeugt den gemeinsamen Thäterwillen. Folgt diesem gemeinsame Verwirklichung, dann ist die eigentliche Mitthäterschaft im vollen Gange. Gemeiniglich steht nur einer dieser Mitthäter als Anstifter den anderen gegenüber, seltener mehrere — die nicht unter sich wiederum im Verhältniss des Anstifters und Angestifteten ständen — noch seltener keiner, so dass alle von einem Dritten, nämlich einem Nichtthäter, angestiftet wären. Oder trägt nicht das Gepräge des Abnormen der Fall, wo A, B und C, Jeder für sich und unabhängig von einander denselben verbrecherischen Entschluss gefasst haben, den sie sich dann mittheilen, und dadurch den gemeinsamen Entschluss bilden. Meist ist Einer Schöpfer des verbrecherischen Gedankens und erweckt denselben durch Mittheilung in den Uebrigen. Diese seine Eigenschaft als Anstifter der Mitthäter — wie schwer sie auch in die Wagschale fallen mag — muss aber hier, wo er zugleich als Mitthäter vorausgesetzt wird, vor der Hand allganz ausser Ansatz bleiben. Uns beschäftigt eben lediglich die Thätereigenschaft eines jeden von ihnen.

§. 35.

a. Die sog. zufällige Mitthäterschaft.

Die Schulsprache bedient sich hier des Ausdrucks „Miturheberschaft", obgleich sie ausnahmsweise in diesem Fall lediglich Mitthäterschaft meint. Aber auch in letzterer Fassung halte ich die Bezeichnung „zufällig" für verfehlt. Man supponirt den Fall, wo ohne vorgängige Beredung einer gemeinsamen That mehrere Individuen zusammentreffen, aus welchem Zusammentreffen durch Fassen und Mittheilen des gleichen Entschlusses eine Mitthäterschaft rasch sich entwickelt, gewissermassen hervorbricht. Letztere also ist keineswegs „zufällig", sondern eine Folge der Verständigung, zufällig ist nur deren äusserer Anlass, das Zusammentreffen am Orte und mit dem von der That be-

troffenen Gegenstande. Das Zusammenwirken, die communio delicti, erfolgt nicht eigentlich per accidens, eher per incidens

vgl. Morstadt zu Feuerbach, Lehrb. §. 46. Not. 2,

indem die Verständigung gewissermassen in den Thatact selbst hineinfällt. Und ganz widersinnig ist die Darstellung bei

Köstlin, Syst. §. 103.

wonach zur Zeit des zufälligen Zusammentreffens bereits „Theilnehmer des Verbrechens" sich zusammenfinden, richtig dagegen die von

Hälschner, Syst. §. 92.

für einen der mehreren Fälle, welche hier sich denken lassen. Möglich, dass diese Mitthäter zur Zeit des Zusammentreffens Jeder für sich den Entschluss zur alleinigen und selbständigen Ausführung des Verbrechens bereits als fertigen mitbrachten; möglich aber auch — was namentlich bei Verletzung oder Tödtung in rixa häufig vorkommt —, dass in allen oder einzelnen der Entschluss erst zur Zeit des Zusammentreffens oder gar später entstanden ist. Ich nenne einstweilen den ersten Fall die nichtvorberedete im engeren Sinn, den zweiten die plötzliche (subitane) Mitthäterschaft. Gemeinsam ist ihnen jedenfalls das Merkmal des Incidenten, nämlich dass

1. die That vorberedet — das Ergebniss einer Vorverständigung — nicht war,
2. die Gemeinsamkeit des Bewusstseins und Wollens erst im Beginn oder während der That entstand, und zur gemeinschaftlichen That sich gestaltete.

Selbstredend müssen wir jegliche Vorverständigung, auch die dem Beginn des Thatacts unmittelbar vorhergehende, ausscheiden und dem sogenannten Komplott (s. folgende §§.) zuweisen. Auf die nichtvorberedete Mitthäterschaft angewendet, führt nun sofort unsre Theorie zu einem Ergebniss, das den Glaubenssätzen der herrschenden Doctrin die Spitze abbricht.

Hinsichtlich des äusseren Thaterfolges fragt sich: Was hat jeder einzelne dieser Thäter durch seine isolirte Thätigkeit zum verbrecherischen Erfolge beigetragen, m. a. W. wieviel hat Jeder gethan und bewirkt? Das ist und bleibt sein Thatantheil. Die Schwierigkeit der Beweisfrage — wie insbesondre in dem Falle des Art. 148 der P. G. O. — darf hier nicht eingemengt werden.

Sodann aber der Schuldantheil, und zwar

a. die Causalität der Willensrichtung für den eigenen Thatantheil. Wir setzen, wie gesagt, dolose und eigentliche Mitthäterschaft voraus. Hier fragt sich: Handelte der einzelne Thäter in überlegtem oder

übereiltem Vorsatz? Das Letztere als benignius ist im Zweifel anzunehmen. Uebrigens kann natürlich nicht blos bei allen die gleiche Art des Vorsatzes, sondern bei dem Einen der erstere, bei dem Anderen der letztere sich ergeben.

b. Die Einwirkung (Causalität) von Wille und That eines Jeden auf Willen und That des Anderen; wobei wir, wie gesagt, die Anstiftung vor der Hand unerörtert lassen. Zum Mindesten nämlich bestärkt Jeder mit Wissen und Willen den Mitthäter, und wird wiederum selbst von diesem bestärkt. Man kann daher im Anschluss an

Carpzov. Pract. etc. Pars I. Qu. 25. nr. 13.
ad L. 15. D. ad leg. Cornel. etc. 48, 8. (s. oben §. 27.)

von Allen sagen, dass sie „assistentia sua sese invicem audaciores reddunt“. Ihren Ausdruck mag diese gegenseitige Einwirkung finden in Zuruf und Aufforderung, Wink und Geberde, ja auch in der Thätigkeit selbst als schlüssiger Handlung.

Jedes dieser Momente kann mit höchst verschiedenem Gewicht in die Wagschale der Zurechnung und Strafzumessung fallen. Durch Abschätzung jedes einzelnen und Vereinigung zum gesammten Antheil ergibt sich ein ungleiches oder gleiches Mass der Zurechnung und Strafe für jeden Mitthäter. Ein Rechtsfall mag dies veranschaulichen.

In dem Schenkzimmer des X haben aus verschiedenem Anlass und ohne Beredung drei Gäste, der A, B und C, sich zusammengefunden. Diese nehmen wahr, dass X, auf längere Zeit abgerufen, die Kasse im Schenktisch unverschlossen bleiben lässt. Der A tritt an den Tisch, und überzeugt sich davon; B ebenfalls hinzutretend, zieht die Kassenschublade heraus. Jetzt kommt auch C hinzu, und greift mit dem Ausruf „da ist Geld genug“ hinein; worauf A und B ein Gleiches thun. Jeder entfernt sich — ohne weitere Vorgänge — eiligst mit einer Handvoll kleiner Münze. Der Thatantheil des B ist augenscheinlich mehr hervortretend als der seiner Mitthäter. Im raschen, kaum überlegten Vorsatz handelten alle. Die verbrecherische Einwirkung des A ist eine überwiegend grosse. Denn, wenn gleich durch eine blosse Vorbereitungshandlung, die also den Anfang der Ausführung noch nicht enthielt, gab er entweder den Anstoss zur verbrecherischen Willensrichtung in den übrigen, oder bestärkte er deren bereits werdenden Entschluss. Allein auch sein Wille wurde durch die Betheiligung des B und des C wiederum bestärkt. Denn schwerlich würde A, nachdem er von der Thatsache, die Kasse sei unverschlossen, sich überzeugt hatte, in Gegenwart anderer Gäste die That seinerseits zur Ausführung gebracht haben, hätten nicht diese sofort gemeinschaftliche Sache

mit ihm gemacht. Verschieden sind demnach die Thatantheile, verschieden andrerseits die Mitschuldantheile. Danach gestaltet sich die Zurechnung der gemeinsamen That für Jeden anders, und demgemäss auch die Strafzumessung. Freilich kann zufälligerweise ein gleiches Strafmass dennoch sich herausstellen, weil etwa die Abwägung des Mehr und Weniger gleiche Facitgrössen ergibt. Modificirend können endlich individuelle Straferhöhungs- und Minderungsgründe hinzutreten, die aber mit der That connex nicht sind, und daher lediglich das Individuum berühren, z. B. Rückfälligkeit des A, Jugend des B, bedrängte Lage des C u. s. f. —

Rücksichtlich des Thatantheils kommt ferner bei Mitthätern in Betracht die Erschwerung durch persönliche Verhältnisse, die mit dem Verbrechen selbst connex sind. Zwei Personen, A und B, haben in gemeinschaftlichem nichtvorberedetem Angriff dem X tödtliche Wunden zugefügt, an denen dieser gestorben ist. Der A war Sohn des Getödteten, der B extraneus. Gesetzt, beide sind als Mitthäter des Mordes beziehungsweise Todschlages am X zu strafen, dann ist die That dem A als Vatermord beziehungsweise Vatertodschlag, dem B als einfacher Mord beziehungsweise Todschlag zurechenbar. Wenn aber dem Letzteren das Kindesverhältniss des A bekannt war, soll etwa dann dieser Umstand für die Zurechnung seiner verbrecherischen Einwirkung auf den Mitthäter s t r a f e r h ö h e n d nicht wirken? Die Antwort ist mir nicht zweifelhaft. Denn zuvörderst hat er einen Sohn in Entschluss und Ausführung eines Vatermordes bestärkt, und dadurch die M i t s c h u l d an diesem entsetzlichsten aller Verbrechen auf sich geladen, sodann im eignen Thäterwillen sich bestärken lassen durch Mitthäterschaft und Einwirkung, wenn nicht gar Anstiftung des A. In ersterer Beziehung kommt eben auch die Sohnesqualität des A, in letzterer lediglich die allgemeine Mitthäterqualität desselben für den B als straferhöhendes Moment in Betracht.

Jeder Mitthäter macht die ihm bewussten Qualitäten der That seines Mitthäters insofern zu Bestandtheilen seines eignen Willens und somit seiner eignen Mitschuld, als er in diesem nicht blos den allgemeinen sondern auch den besonders qualificirten Thäterwillen stärkt (beziehungsweise anstiftet) d. h. intensiv steigert. Diese Steigerung und Kräftigung eben will und bewirkt der Mitthäter im Mitthäter; so in unserm Beispiel: der extraneus B bestärkt bewusster Weise im A nicht blos dessen Mordentschluss, sondern auch dessen Vatermordentschluss. Folglich wird d i e s e so geeigenschaftete Einwirkung ein unscheidbarer Bestandtheil seiner Sonderschuld, und auch ihm zurechen-

bar. Doch lediglich als erhöhender Strafzumessungsgrund. Denn die Sonderthat eines Jeden bleibt dennoch, was sie ist. Nur der Sohn kann Vatermord, nur der Hausgenosse Hausdiebstahl begehen, nicht der extraneus.

Andrerseits muss nach einfacher Consequenz auch der Umstand dem Mitthäter A zugute kommen, dass die That seines Mitthäters B durch mit der That connexe Eigenschaften oder Verhältnisse desselben ein minder strafbares, ein günstigeres Gepräge erhält; selbstverständlich wiederum nur, soweit dieses Thatmoment dem A bekannt oder bewusst gewesen. Man erwäge folgenden Rechtsfall. Die A kommt darüber zu, wie ihre Busenfreundin die B ein uneheliches Kind zur Welt bringt. Ohne irgend Vorberedung entsteht jetzt gleichzeitig in Beiden der Tödtungsgedanke, den sie gemeinsam sofort zur Ausführung bringen. Wir setzen, dass bei der B der Begriff des minderschweren Verbrechens vollkommen zutrifft, welches Kindesmord im eigentlichen Sinn genannt wird. Zwar ist dagegen die Mitthäterin A des einfachen (gemeinen) Mordes beziehungsweise Todschlages schuldig, und mit der Strafe dieses Verbrechens zu belegen hinsichtlich a) ihres Thatantheils, b) derjenigen Schuld, welche ihr Wille am eigenen Thatantheil trägt (überlegter beziehungsweise übereilter Vorsatz). Allein es wird c) ihr Mitschuldantheil dadurch gemindert, dass sie eben eine Kindesmörderin — nicht eine gemeine oder gar qualificirte Mörderin — in deren minder strafbarem Thäterwillen bestärkt hat. Dies muss als Strafminderungsgrund in Betracht gezogen werden. Mag immerhin wenig darauf ankommen —, wo nicht positives Gesetz die Berücksichtigung dieses Umstandes verbietet, oder die absolute Strafbestimmung die Wirksamkeit dieser Berücksichtigung factisch ausschliesst, da ergibt die Natur der Sache, dass, je geringer die Schuld meines Mitthäters B, desto geringer auch (Bewusstsein davon vorausgesetzt) mein Antheil an seiner Schuld, d. h. meine Mitschuld, sich herausstellen muss.

Alle diese Fragen indessen — denen gegenüber unsere Theorie einen von der gemeinen Meinung wesentlich abweichenden Standpunct einnimmt — werden unten bei Gelegenheit der Anstiftung und Hülfe wiederkehren. Dennoch durfte ich der Beantwortung schon hier mich nicht entziehen. Die stiefmütterliche Behandlung, welche der nichtvorberedeten Mitthäterschaft bisher zu Theil geworden, musste an diesen Fragen ihre Früchte zeigen. Anstatt das normale Wesen der sogenannten zufälligen Mitthäterschaft zu prüfen, verläuft man sich in ermüdende Erörterung eines Ausnahmefalles von ganz eigenthümlicher Beschaffenheit, der eben durch Zweierlei sich auszeichnet: erstens durch

Schwierigkeit der Beweisfrage hinsichtlich des Thatantheils sowohl als des eignen Schuldantheils — ob dolus praemeditatus, ob impetus, ob gar nur luxuria, ob Mord, ob Todschlag oder gar nur culpose Tödtung vorliege, und wer unter den Mitthätern der Tödter sei —; zweitens durch umfassendes Quellenmaterial, wiederum veranlasst durch die Schwierigkeit der Beweisfrage und durch die Stellung des zeitweiligen positiven Rechts zu dem oben im §. 24 i. A. erörterten praktischen Problem. Ich meine die Tödtung in rixa oder in turba, den Hauptinhalt des Art. 148 der P. G. O. und dessen zahlreicher Vorquellen. Mit Vorliebe wirft man sich auf diesen schwierigen Specialfall, welcher weniger als irgend ein anderer für die allgemeine Lehre der Mitthäterschaft sichere Anhaltspuncte zu bieten vermag — man vergleiche noch

Berner, Theiln. S. 358 ff.

Hälschner a. a. O. S. 377—381 —

eine Behandlungsweise, ganz dazu angethan die grundsätzliche Erörterung der normalen „zufälligen" Mitthäterschaft schlechterdings unmöglich zu machen.

Den heutigen Stand unsrer Lehre kennzeichnet die Darstellung bei

Hälschner a. a. O. S. 382.

Wir wissen bereits, was von folgendem Satze zu halten ist:

„Die strafrechtliche Folge dieser gemeinsamen Absicht und des Umstandes, dass jeder Miturheber die Thätigkeit des anderen zur Verwirklichung der eignen Absicht benutzt und sie ursächlich auf dieselbe bezieht, ist die, dass das Ergebniss der gemeinsamen Thätigkeit, ohne Rücksicht auf die Thätigkeit des Einzelnen, jedem Miturheber vollständig als seine That zuzurechnen ist." Vgl. auch

Köstlin, N. Rev. §. 149. Syst. §. 103. a. E.

Berner, Theiln. S. 352. 355.

Anders schon in des Letztgenannten

Lehrb. §. 111. a. E., wo es heisst:

„— So hat er, soweit seine Mitthäterschaft reicht, die Verantwortung für das ganze Verbrechen als Urheber zu tragen".

Wahr ist an jenem Satze Hälschners nur dies: dass die That jedes Einzelnen allendlich isolirt aufgefasst werden nicht darf, sondern dass die gegenseitige Einwirkung und Rückeinwirkung für jeden mit in Anschlag kommen muss. Und eben dies haben wir an obigen Rechtsfällen durchzuführen gesucht. Unwahr aber ist: dass Jedem die

ganze That vollständig zuzurechnen sei. Vielmehr muss man so sagen: Jedem ist lediglich zur Schuld und Strafe anzurechnen a) sein eigener äusserer Thatantheil, b) die Qualität seiner eignen (isolirten) Willensrichtung, c) sein Mitschuldantheil d. h. seine specielle Mitschuld an Willensrichtung und Thätigkeit der Mitthäter.

Auf diesem Wege wird nicht blos die Strafzumessung meist ein verschiedenes Strafmass — nur zufällig ein gleiches — für Jeden ergeben, sondern diese Strafzumessung ruht eben einzig und allein auf der Verschiedenheit der Zurechenbarkeit von That, Schuld und Mitschuld. Nicht die ganze Thätigkeit der Uebrigen wird Jedem in Rechnung gestellt, sondern nur soweit als seine Schuld (Mitschuld) daran sich erstreckt. Gleiche Zurechnung d. h. hier Zurechnung des gesammten Thaterfolges, und dennoch ungleiches Strafmass — das ist m. E. ein unlösbarer Widerspruch. Wenn wir von rein individuellen (höchstpersönlichen, und mit der concreten That nicht connexen) Strafzumessungsgründen, wie Rückfall, Jugend u. s. f., wie nothwendig, da ganz und gar absehen, wo es auf grundsätzliche Erörterung ankommt.

Wie endlich eben bei der sog. nothwendigen Theilnahme unsre Auffassung der Mitthäterschaft allein im Stande sein dürfte, jedes Räthsel zu lösen, darauf werden wir in Anknüpfung an gegenwärtige allgemeine Grundlagen unten (Abschnitt III) näher einzugehen haben.

§. 36.

b. Das sog. Komplott. Dogmengeschichtliches.

Vor etwa anderthalb Jahrhunderten schlich in die Rechtssprache deutscher Criminalisten ein anscheinend harmloses Fremdwort sich ein, das in seiner Heimath eher der Volks- als Juristensprache angehörte, das Wörtchen: Complot. Nicht einmal die Etymologie desselben ist klar. Die Glossarien von Haltaus, Wachter, Scherz, enthalten Nichts über solch ein germanisirtes Wort. Ich mögte indess glauben, dass es dem lateinischen complodere (plodere = plaudere, Varr.) scil. manus (Quinctil. u. A.) —, dessen häufiger Gebrauch im Latein des Mittelalters feststeht, s.

L. Diefenbach, Supplem. zu Du Cange. Glossar. (1857),

und

Dessen Nov. Glossar. Latin. German. med. et inf. aetat. (1867) s. v. Complodere, Complaudere, Complosus —

entsprossen, auf französischem und englischem Boden — den übrigen romanischen Sprachgebieten scheint es unbekannt — zunächst als peloter, compeloter (Engl. to plot, to complot) sich eingebürgert, und auf ersterem in der contrahirten Form comploter, complot sich erhalten hat. In dieser Ableitung bestärkt mich die Zusammenstellung bei

de Roquefort Dictionnaire Etymologique de la langue françoise. II.

Peloter = battre, maltraitre (Peloton etc.)

Complot — mauvais dessin formé entre plusieurs gens qui se reunissent pour former une conspiration.

Comploter = faire, former un complot.

Die erste ganz beiläufige Erwähnung in der deutschen Doctrin ist mir begegnet in

Kressii Comment. etc. in Carol.

Not. ad Artic. 148. §. 1. verb.

— — qui 1) opem tulit et 2) particeps fuit Tractatus (sive conspirationis, der Abrede oder des Complots) etc.

cf. Ibid. Not. ad Art. 177, pag. 409:

- qui sceleris societate inita delinquunt — — in ejusmodi consortiis — — propter eandem tamen malam intentionem, conspirationem, indeque oriundam criminis perpetrandi communionem — etc.

Geleitet von dem richtigen Sprachgefühl, dass conspiratio sowohl als conjuratio allzu specielle Bezeichnungen sind, verwendet er dort gelegentlich das der Umgangssprache entlehnte Fremdwort Complot = Abrede, also im allgemeinen Sinn von compactum, societas delinquendi ex compacto, oder Verabredung unter Mitverbrechern.

Carpzov und andere Vorläufer des Kress kennen den Ausdruck nicht. Auch nicht der von Kress eben am erstgenannten Ort angezogene

Anton. Thesaurus (Tessaurus). libr. sing. Quaest. forens. qu. 46. i. f. und Nov. Decis. XXXI. princ.

welcher vielmehr nur von „tractatus, praehabitus tractatus" spricht. Ja, noch mehr. Nicht einmal die Zeitgenossen und Nachfolger des Kress bedienen sich des Worts. So bringt Boehmer in seinen

Meditatt. in Carol. (1770), insbes. ad art. 148, §. 1

consequent nur conspiratio, conventio expressa und tacita, unio animorum, societas ad homicidium, societas inita.

Man sieht es dem anspruchslosen Emigranten nicht an, wie derselbe unsägliches Unheil für das Strafrecht zweier Jahrhunderte, eine

Umwälzung und Verwirrung der Begriffe sonder Gleichen im Schosse trägt. Wiederum ein Beleg für den dogmengeschichtlichen Erfahrungssatz, dass eine mangelhafte Bezeichnung, die von Schrift zu Schrift sich fortschleppt, zu Folgerungen den Anstoss gibt, neue halbwahre oder geradezu falsche Begriffe zu erzeugen vermag, und endlich einen Augiasstall anfüllt, dessen Reinigung wiederum den Schweiss eines Jahrhunderts fordert.

Anfänglich sollte „Complot" eben nichts anderes bedeuten, als vorgängige Verabredung eines oder mehrerer Verbrechen unter zwei oder mehr Personen, einerlei ob dieselbe stattfindet unter Anstifter und Angestiftetem, zwischen zukünftigem Thäter und Helfer, unter mehreren Mitthätern, zwischen Personen die gemeinsam einen dritten Thäter anstiften wollen. Also das compactum, die Vorverständigung über ein oder mehrere Delicte schlechthin, gleichviel welche Rolle dem einen oder anderen der Verabreder zufallen wird und zufallen soll. Das demgemäss begangene Delict war dann „ex compacto" vollendet beziehungsweise versucht. Und in der That, nicht unzweckmässig war es, dafür einen Ausdruck zu wählen, der dem Privatrecht nicht angehörte, da es immerhin gefährlich ist, civilrechtliche Analogien im Strafrecht zu verwenden, wenn gleich nur dem Namen nach, wie societas delinquendi oder mandatum.

Vgl. Berner, Grunds. §. 42. a. E.

Allein diesem Zweck entsprach ganz und gar das im Civilrecht nicht technische compactum; des Worts Complot bedurfte man nicht. Die Deutsche Sprache aber bot: Vorberedung, allenfalls Abrede schlechthin (Kress l. l.), allgemeiner und bezeichnender: Vorverständigung.

Nun hatten aber bereits die italischen Criminalisten von Gandinus herab bis auf Farinacius den m. E. verwerflichen Satz vorgetragen — und dieser war für die deutsche Doctrin Glaubenssatz geworden —: jedem socius ex compacto sei das aus dem compactum und demselben gemäss entsprungene Verbrechen seinem ganzen Umfange nach zuzurechnen. Wie wenig aber dabei an ein besonderes Komplott unter Miturhebern beziehungsweise Mitthätern gedacht wurde, dass man vielmehr jeden „praevius tractatus" schlechthin, auch den zwischen Thäter (principalis) und Helfer (auxiliator) — nach Anderen wenigstens die bei der Ausführung selbst Gegenwärtigen — dahin stellte, zeigt die Fassung ihrer Sätze deutlich genug. Statt Aller

cf. Clarus l. l. Qu. 90. nr. 1.

Hieraus zog aber die gemeine Meinung des achtzehnten Jahrhunderts den ferneren falschen Schulss: alle ex compacto am Verbrechen

schuldhaft Betheiligten seien als Miturheber, coauctores delicti, zu betrachten und zu behandeln. Man nannte sie, anfangs schüchtern, dann offen: Komplottanten. Auf Grund des Komplotts also sollten alle Mitschuldigen als Miturheber angesehen werden, wenn das Verbrechen das Stadium der Ausführung beschritten hatte. Als neueres Beispiel von dem verderblichen Einfluss der Doctrin auf die Gesetzgebung diene an diesem Orte nur das

Preuss. Gesetz vom 31. März 1837, über die Strafe der Widersetzlichkeit bei Forst- und Jagdverbrechen, §. 6.

„War aber die gemeinschaftliche Verübung des Verbrechens von den Theilnehmern vorher verabredet worden, so tritt nicht nur die im §. 5. bestimmte Strafschärfung ein, sondern es ist dann auch jeder der Theilnehmer, welcher auf irgend eine Weise vor, bei oder nach der Ausführung dazu mitgewirkt hat, als Miturheber des verabredeten Verbrechens zu betrachten".

Schwierigkeit bereitete u. A. nur der entgegengesetzte Fall, wenn der Verabredung die That nicht gefolgt war. Sollte dann das erfolglos gebliebene Komplott ein Sonderverbrechen bilden — vorausgesetzt natürlich, dass freiwilliger Rücktritt nicht stattgefunden —, oder etwa einen Versuch des beredeten Verbrechens? S. die reichhaltige Literatur bei

Hälschner a. a. O. S. 387 ff.
Köstlin, N. Rev. §. 150. Syst. §. 104.

Glücklicherweise überhebt uns des näheren Eingehens der heutige Stand der gesammten Komplottlehre.

Genug, dass dieselbe nirgend Anhalt findet. Gar keinen in den älteren Rechtsquellen, keinen hinreichenden in denen des Mittelalters. Und wie sie der wissenschaftlichen Prüfung Stand zu halten nicht vermag, so schwindet sie vor dem klaren Blick der neuesten Gesetzgebung wie Nebel vor der Sonne. Die vermeintlichen Stützen im römischen Recht —

s. Hälschner a. a. O. Not. 1,

ein Verzeichniss, das ich noch um ein Erhebliches vermehren könnte,

ccff. L. 1. §. 10. D. de offic. praef. urb. 1, 12.
L. 57. D. pro socio. 17, 2.
L. 1. §. 1. L. 4. pr. D. ad leg. Jul. maj. 48, 4.
L. 39. §. 4. D. ad leg. Jul. adult. 48, 5.
L. 5. §. 2. D. de poenis. 48, 19. (s. unten)
L. 11. C. de test. 4, 20.

L. 5. (Quisquis) pr. §§. 6. 7. L. 6. C. ad leg. Jul. maj. 9, 8.
L. 9. C. de malef. 9, 18.
L. 4. C. de quaestion. 9, 41.
Nov. 13. c. 2, —

erwähnen, gleich den bei Hälschner citirten, nur gelegentlich der „societas, pactio, factio, conspiratio, conjuratio", des „consilium inire, dolo malo coire", als Gestaltungen einer verbrecherischen Vorberedung, ohne irgend eine der obengenannten Folgerungen zu ziehen. Die Berufung auf canonisches Recht, namentlich auf

c. 21. und 22. Caus. 11. Qu. 1,

oder auf den germanischen Begriff der Gefolgschaft ist nirgendwo ernstlich gemeint, und die einzigen Stellen, welche scheinbaren Anhalt bieten könnten, nämlich der oben §. 22. a. E. angezogene

Art. 234 des Schwabensp. (L.)

und im

Rechtsb. Ruprechts v. Freisingen II. 38 die Worte:
— genntt zwen dewb mit einander, vnd sy stelnn guet mit einander — — es get jn allenn an das lebenn. Das ist darumb, das sy all gesellschafft habenn an der dewberey —

erklären sich vollkommen aus der dort vorausgesetzten Mitthäterschaft.

Sogar vom ersten Passus des

Art. 148 der P. G. O.

wird heute fast allgemein zugegeben, dass derselbe jedenfalls mehr befasse als ein sog. Mordkomplott, auch nichts anderes bestimme als Todesstrafe für alle Mitschuldigen, keineswegs volle und gleiche Zurechnung der gesammten That für Jeden.

Wir haben es eben ausschliesslich mit einer willkürlichen Schöpfung der Doctrin zu thun, welche besserer Erkenntniss weichen muss, und im Wesentlichen heute bereits gewichen ist. Denn die vielgepriesene Theorie vom Komplott befindet sich im vollen Rückzuge! Unter der welterobernden Führung eines

Feuerbach, Lehrb. §. 47,

erreichte sie den Höhepunct ihrer Herrschaft. Die erste empfindliche Schlappe, von der sie sich nimmer erholt hat, brachte ihr nach den Plänkeleien von

Kleinschrod, System. Entwickl. I. §§. 178 ff.

endlich Stübel bei, und zwar in seiner

Theiln. am Verbr. §§. 23—25. 46.

Dieser eiserne alte Held, welcher vormals selbst im

Thatbest. §§. 61 ff.

der Herrschaft des Komplotts sich gebeugt hatte, wurde fahnenflüchtig und kehrte — ein York dieses Befreiungskampfes — die scharfen Waffen wider den Unterdrücker. Die Niederlage, welche seine Kritik der Komplottlehre schlug, hat dieselbe nicht verwinden können. Anstoss zum beschleunigten Rückzuge bot auch die drohende Haltung, welche Grossmächte gleich

Wächter, Lehrb. I. S. 151 und
Abegg, Lehrb. §. 74.

anzunehmen begannen. Kaum bedurfte es mehr der Angriffe des praktischen

Temme, Preuss. Strafr. §. 71,

um den Feind in die Defensive zu werfen, in welcher er noch verharrt. Obendrein droht im eigenen Lager Abfall der Bundesgenossen.

Es ist nämlich eine für alle Zeiten lehrreiche Thatsache, dass der Komplottbegriff mit rapider Schnelligkeit seinen Scheitelpunct erstiegen, alsbald aber auch wiederum eine sinkende und zwar im Sinken schwankende Bewegung begonnen hat. Vergegenwärtigen wir uns aber diesen blendenden Stern in dem kurzen Augenblick seines Zeniths — bezeichnet durch die Namen Grolmann und Feuerbach —, so ist die Theorie, von unwesentlichen Schwankungen abgesehen, folgende:

Komplott ist die Verbindung Mehrerer zur gemeinschaftlichen Ausführung eines oder mehrerer bestimmter Verbrechen durch gegenseitige, meist ausdrückliche, Zusage wechselseitiger Hülfe. Daraus folgerte man:

a. Wechselseitige Anstiftung, indem der Entschluss jedes Einzelnen durch das Versprechen jedes Anderen und die demzufolge begründete Erwartung der Mitwirkung aller Uebrigen bis zur vollendeten That bestimmt werde. Jeder Einzelne vereint also in sich den Anstifter und den Angestifteten.

b. Jeder Komplottant, hinsichtlich dessen jene Erwartung der Uebrigen bis zum Abschluss der verabredeten Ausführung fortdauerte, ist als „Miturheber" des Verbrechens zu behandeln.

c. Gleichviel, ob der Einzelne an der Ausführung selber mehr oder weniger thätigen Antheil genommen haben mag, oder nicht — jedem Komplottanten (s. a.) ist das gesammte verabredete Verbrechen und zwar

gleichsehr zurechenbar und die gesetzliche Strafe aufzuerlegen. Denn die zufolge jenes „Gesammtwillens“ hervorgebrachte That ist eine Gesammtthat, deren Erfolg ein Gesammterfolg.

d. Auszuschliessen ist vom Komplottbegriff die Beredung eines einfachen Anstifters mit dem angestifteten Thäter, eines Thäters mit dem Gehülfen.

S. statt Aller Bauer, Abhh. Bd. I. S. 440.

Dabei wurde über Nebenfragen stets gestritten, vollständige Einigung in der gemeinen Meinung zu keiner Zeit erreicht. So betrachten namentlich Einige das blosse d. h. vor dem Beginn der Ausführung verhinderte Komplott schon als Versuch des beabsichtigten Verbrechens selbst (u. A. Köstlin, Geib, Grossherzgl. Hess. St. G. B. §. 76.), die Mehrzahl der Aelteren dagegen als ein eigenthümliches Sondervergehen, noch Andere und zwar mit Recht als blosse Vorbereitungshandlung.

Vgl. jetzt auch Langenbeck, Lehre von der Theilnahme. S. 252 ff.

So ferner, ob ein Quasi-Vertrag erforderlich sei

W. von Schirach, N. Archiv. Bd. I, nr. 23.

Desselben Beiträge zur Anwendung des R. etc. (1822) Abh. I.,

oder auch stillschweigende Uebereinkunft genüge, wie mit

Boehmer. Meditt. in Carol. art. 148. §. I. („tacita conventio“)

auch

Quistorp, Grunds. I. §§. 231 ff.

behauptete. Das „gemeinsame Interesse“ der Verbündeten hatte man zu Gunsten der „gemeinsamen Absicht“ bei etwa verschiedenem Interesse oder Zweck bald preisgegeben.

§. 37.

Heutiger Stand der Komplottlehre.

Eilen wir rasch vorüber an dem unerquicklichen Anblick der vielfältigen Fluctuationen jener Komplotttheorie in der Zwischenzeit,

vgl. Köstlin, N. Revis. S. 578—591.

Hälschner, System I. S. 387 ff.

um den Standpunct der heutigen Doctrin ins Auge zu fassen, welcher — freilich unter Preisgebung der „wechselseitigen Anstiftung“, und damit der eigentlichen Grundlage — treulich festgehalten wird in der neuesten Schrift über die Theilnahme

Langenbeck a. a. O. (1867). S. 246. 260 (§. 95.) ff.

Dieses Lehrgebäude trägt den Stempel der inneren Zerfahrenheit, das Gepräge des Verfalls.

Köstlin zwar hat seine in der N. Revision a. a. O. ausgeführte Auffassung auch im Systeme mit geringer Abweichung behauptet. Denn nach dem Schlusssatze

Das. §. 105. S. 343.

besteht ihm das Specifische des Komplotts

„in der wechselseitigen Anerkennung der ursprünglich isolirten Absichten als identischer und in der demgemäss erfolgenden Konstituirung Eines Gesammtwillens mittelst wechselseitiger Anstiftung, wodurch denn für alle in diesen Gesammtwillen vereinigten Einzelwillen auch der infolge der Gesammtabsicht hervorgebrachte Erfolg zum Gesammterfolg wird, den sie solidarisch zu vertreten haben".

Dass dennoch weder hier noch dort die „wechselseitige Anstiftung" ernstlich gemeint ist, zeigt uns ein seltsamer Widerspruch. Dieselbe soll „das leitende Princip für die rechtliche Beurtheilung des Komplotts" bilden

System a. a. O. S. 343. N. Rev. S. 587,

nichtsdestoweniger aber nur Anstiftung eines bereits Entschlossenen, eines oder mehrerer alias facturi sein

N. Rev. S. 577. Syst. S. 349. Not. 7.

Köstlin kann damit nur meinen, jeder Komplottant müsse den anderen anstiften wollen, treffe aber meist auf einen bereits Entschlossenen, und werde so — Nichtanstifter. Folglich bleibt vernünftigerweise nur übrig zu sagen, er sei dann nicht Anstifter, erreiche nämlich seine Anstiftungsabsicht nicht. Was aber ist er dann? Natürlich nur sog. intellectueller Gehülfe, Bestärker des fremden Entschlusses. Gegen diese einfache Consequenz sträubt sich Köstlin ohne Erfolg.

Noch beachtenswerther ist eine andere Forderung desselben Criminalisten: es gehören zum Komplott mehrere von der „gleichen urheberischen Absicht" d. h. von der „Absicht, das Verbrechen als seine That zu verwirklichen" beseelte Individuen

Syst. §§. 104. 105,

wobei er gegen die Auffassung ausdrücklich sich verwahrt, wonach durch das Komplott bei den Komplottanten Miturheberschaft „erzeugt" werde. Aehnlich

v. Bar, Versuch und Theiln. (1859). §. 24,

wenn dieser als den Unterschied des Komplotts von der Beihülfe an-

führt, dass dort „sämmtliche Theilnehmer als Urheber gelten und gelten wollen“.

Anders Hälschner a. a. O. Er nennt zunächst die der That vorausgehende Uebereinkunft zur vorsätzlichen Ausführung Eines Verbrechens eine Form der Miturheberschaft, urgirt aber den Urheberwillen nicht, sondern folgert daraus vielmehr nur dies: jeder Komplottant „erscheine“ (d. h. wohl, ist zu behandeln) als Urheber des Verbrechens, entweder weil schon seine eigne Thätigkeit ohne Rücksicht auf die der anderen ihn als solchen darstelle, oder weil ihm die That der übrigen Komplottanten zugerechnet werden müsse u. s. f.

System. I. §. 94. a. E.

Das bedeutet m. E. nur, der Komplottant werde als Urheber behandelt, auch wenn er den Thäterwillen nicht haben sollte. Da aber eben Hälschner sehr bestimmt erklärt, an Komplott und Ausführung können auch blosse Gehülfen, und blos angestiftete Thäter mitbetheiligt sein, so fällt damit sein wesentliches Merkmal, die Behandlung der Komplottanten als Miturheber, in sich zusammen.

Die bereits angezogene Schrift v. Bar's (1859), welche die Combination der Begriffe von Versuch und Theilnahme durchzuführen unternimmt, und zwar im Ganzen wie Einzelnen mit anerkanntem Erfolg, kennzeichnet ihren Standpunct zur Komplottlehre in dem Ergebniss auf S. 84:

> „Die Bedeutung des Komplotts besteht darin,
> dass die Theilnehmer bis zur wirklichen Ausführung Theilnehmer jeder Art (intellect. Gehülfen, Anstifter, blosse Figuranten) sein können, durch die Ausführung aber für alle dabei mitwirkenden Komplottanten in Folge des gemeinsamen Beschlusses, nach welchem jeder das ganze Verbrechen als das seinige will, die Unterschiede in der Theilnahme der einzelnen verschwinden, so dass nun jeder als Urheber des von allen begangenen Verbrechens angesehen wird.“

Dies verstehe ich, da v. Bar im §. 24. ausgeführt hat, Komplottanten unterscheiden sich von Gehülfen dadurch, dass sie „als Urheber gelten und gelten wollen“, von Anstiftern dadurch, dass sie „bei der Ausführung mitwirken“ — folgendermassen: 1. das Komplott für sich allein schafft noch keineswegs Komplottanten, sondern 2. unter Voraussetzung des Komplotts erst die Mitwirkung bei der Ausführung; 3. jeder bei der Ausführung mitwirkende Verabreder ist als Urheber des ge-

sammten Verbrechens „anzusehen". M. a. W.: der Verfasser gibt auf Gesammtwillen und Gesammtabsicht

s. auch a. a. O. S. 87,

setzt aber eine Gesammtthat an die Stelle. Die an der Gesammtthat mitwirkenden Verabreder nennt er Komplottanten und diese trifft Gesammtverantwortlichkeit.

Abgesehen davon, dass dieser beschränkte Begriff dem Worte Komplott Gewalt anthut, scheint mir dadurch in der Sache nichts gewonnen. Denn wer bis zur Ausführung Gehülfe blieb, weil er nur dies war und sein wollte, warum sollte der nicht auch bei und nach der Ausführung lediglich Gehülfe bleiben können? Den Beweis für das Gegentheil bleibt v. Bar schuldig. Ist es aber wahr, dass der bisherige Gehülfe stets Gehülfe ist und bleibt, wenn er nur die Thätigkeit eines solchen entwickelte, dann fällt die Gesammtthat und Gesammtverantwortung, und damit jener Komplottbegriff in ein Nichts zusammen. Jener Versuch, einen Rest davon zu retten, musste nothwendigerweise fehlschlagen. Auch bestärken mich in der Hoffnung, dem scharfsinnigen Rechtslehrer dermaleinst in unserem Lager, auf Seiten der Komplottgegner nämlich, wiederzubegegnen, Sätze wie nachstehende:

„es kann sehr wohl der Fall sein, dass der allein thätige Komplottant auch ohne die Zustimmung der übrigen Theilnehmer handeln würde, vielleicht durch sie in seinem Entschlusse nur bestärkt ist" (S. 88).

„In criminalpolitischer Beziehung ist für die verschiedene Bestrafung der einzelnen Theilnehmer, jenachdem sie zur Beförderung und Bestärkung der verbrecherischen Absicht der übrigen beigetragen haben, anzuführen" etc. (S. 90).

Nur freilich wird den Thron der „Criminalpolitik" unverzüglich ein Rechtsgrund des positiven Strafrechts besteigen müssen.

Berner endlich dürfte zur Zeit nur um eines Haares Breite von dem Endpuncte entfernt sein: das unselige Komplott allganz aufzugeben. Nachdem er in der

Lehre von der Theiln. (1847). S. 11. S. 393 ff.

anstatt einer bündigen Definition die Theorie „der geistigen Wechselwirkung" in „dreifachem Handlungsrhythmus" durchzuführen gesucht hatte, lehrte bereits sein

Lehrb. (erste Aufl. 1857). §. 112

„dass die — — gekünstelte, mit Abstractionen und

gefährlichen Präsumtionen erfüllte alte gemeinrechtliche (?) Komplotttheorie bei Seite gesetzt"

werden müsse. Vgl. noch

Das. S. 184 (der zweiten Aufl.). Not. 2.

Zwar subsumirt er noch immer unter „Miturheberschaft" Dreierlei: Mitthäterschaft (§. 111.) — Komplott (§. 112.) — Bande (§. 113.), definirt aber Komplott als „die der Ausführung vorangehende Verabredung eines oder mehrerer einzeln bestimmter Verbrechen". Da fragt man billig: wessen Verabredung? Etwa auch die des Anstifters mit dem angestifteten Thäter, auch die des Thäters mit dem Gehülfen? Gewiss will er diese ausschliessen. Nun, dann fehlt seiner Definition offenbar das wesentliche Merkmal: „unter Mitthätern", und man begreift überall nicht, wie Mitthäterschaft im Allgemeinen und Komplott einander coordinirt dastehen können und dürfen! — Im Folgenden aber scheidet Berner von einander: 1. die an der Verabredung, aber nicht an der Ausführung selbst betheiligten (beziehungsweise intellect. Urheber oder intellect. Gehülfen), 2. an Verabredung und an Ausführung, aber lediglich mit Gehülfenthätigkeit, betheiligte, 3. solche an der Verabredung (als intellect. Urheber beziehungsweise intellect. Gehülfen) betheiligte, die das Verbrechen als Mitthäter begehen. Augenscheinlich sind ihm nur die letztgenannten eigentliche Komplottanten. Und diese, also nur diese, seien „für das begangene Verbrechen urheberisch verantwortlich", was indess verschiedene Strafausmessung nicht ausschliesse.

Nun höre man noch folgende Aussprüche in

Berner, Grunds. des Preuss. Strafr. §§. 62—66

— wobei wir allerdings in Anschlag bringen müssen, dass hier der bekannte Standpunct des Preuss. St. G. B. (s. unten) dem Verfasser Verlegenheiten bereitet —:

„Der Begriff des Komplottes ist durchaus haltbar. Er lässt sich wissenschaftlich fest begründen ——— Aber dieser Begriff ist zugleich etwas verwickelt."

Hierauf folgen die auch im Lehrbuch aufgestellten Distinctionen. Nun aber die Schlussworte in den Grunds. a. a. O.:

„Es ist allerdings richtig, dass die Komplottanten als Urheber zu strafen sind, auch wenn ihre Thätigkeit bei der Ausführung nur die eines Gehülfen war. Es gilt dies aber nur von den wahren Komplottanten, nur von denen, die sich durch die Verabredung gegenseitig angestiftet haben, und die daher, wie gering ihre Mitwirkung zur Ausführung selbst sei,

immer intellectuelle Urheber bleiben. Wer nicht in der gegenseitigen Anstiftung steckt, wer bei der Verabredung nur zugegen war" (was heisst das? nicht mit verabredete — oder: die Abrede nicht kennen gelernt hat?) „bei der Verabredung nur eine Gehülfenthätigkeit übte, der kann nur dadurch die Strafe des Urhebers verwirken, dass er bei der Ausführung als Mitthäter mitwirkt. Uebt er auch bei der Ausführung nur eine Gehülfenthätigkeit, so ist er nur als Gehülfe zu strafen".

Ob diese Theorie den geistvollen Criminalisten selbst zu befriedigen vermag? Ich muss gestehen, dass die Deduction mir vorkommt, wie die Behauptung eines aufgegebenen — nicht blos verlornen — Postens, oder wie eine Dosis Naphta, dem Sterbenden eingeflösst. Rathsamer war es, ihm sanft die Augen zuzudrücken. —

Köstlin vor Allen hat in den oben angezogenen Sätzen die Position gekennzeichnet, welche die Anhänger der „alten Komplottlehre" heute einnehmen, in welcher sie wie im Carré — oder klassischer in einer Phalanx — concentrirt dem Anprall der Gegner die Stirn bieten. Gesammtwille — Gesammtabsicht — Gesammterfolg, so lautet der Wahlspruch, den das Häuflein auf Helm und Fahne, aber freilich gar mancher Mitstreiter nicht mehr im — Herzen trägt.

Jener erwartete Anprall ist erfolgt, und hat die Reihen der Schaar wenn nicht gesprengt doch erheblich gelichtet. Die scharfen Waffen, mit denen neuerdings

v. Buri, Ueber das Wesen des Komplotts.
Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. VI. Abh. 4. (1859). insbes. S. 34—40.

ins Feld gezogen ist, vor Allem aber die blitzende Klinge in der Hand eines

John, Kritiken strafr. Entscheid. des preuss. Obertribunals. (1866). S. 22—28.

würden uns bei Bekämpfung des halbgeschlagenen Feindes leichte Arbeit schaffen, hätten nicht beide Angreifer eine erheblich schwache Seite gezeigt. Um diese in kurzem Wort zu kennzeichnen: Beide sind glücklicher in ihrem Gegenbeweise und kritischen Erfolge, als im eignen Hauptbeweise und positiven Ergebniss. Ja, bei v. Buri — keineswegs aber bei John — fehlt es sogar in ersterer Beziehung nicht an gefährlichen Blössen.

Werfen wir daher zunäeinstch en Blick auf des Ersteren Ausführung. Die intellectuelle Urheberschaft könne mit dem Köstlin'schen Komplott-

begriff überall nicht concurriren, eine solche (wechselseitige) Anstiftung müsse vielmehr offenbar vor den Zeitpunct der Verabredung fallen, „weil sich ein Einzelwille mit anderen nicht eher zu einem Gesammtwillen vereinigen kann, bevor er sich selbst gebildet hat.“ Ja, ein Gesammtwille, eine Willenseinigung, ist überhaupt in jenem Sinne nicht denkbar; denn jeder Einzelwille behält auch nach der Mittheilung an Andere seine selbständige Existenz. Auch nach der Verabredung also bestehen immer noch lediglich Einzelwillen fort.

Zugegeben. Aber, frage ich, bestehen sie als unveränderte Einzelwillen fort? Ist mit den Einzelwillen nicht eine wesentliche Wandlung erfolgt, eben durch die Verabredung? Ich behaupte das einstweilen; Näheres unten. Buri schiesst hier über sein Ziel weit hinaus; mit allzuwuchtigem Schlage bricht er seiner Waffe die Spitze ab. Geradezu irrig ferner ist seine Behauptung

a. a. O. S. 36,

die durch die Verabredung veranlasste gemeinschaftliche Ausführung des Verbrechens sei „die einzige Folge“ der getroffenen Abrede. Ich meine vielmehr, die nächste Folge ist gegenseitige geistige Stärkung eines Jeden im bereits gefassten durch die Abrede so oder so modificirten verbrecherischen Entschluss, und eben diese bestärkten Einzelwillen wirken sodann bei der Ausführung um so energischer zusammen.

Andrerseits räumt nun v. Buri ein: infolge der Verabredung habe Jeder bei seiner Thätigkeit für den verbrecherischen Erfolg die „Kenntniss“ (nur diese?) von der urheberischen (?) Absicht aller übrigen, benutze er deren Kräfte durch Vereinigung derselben mit seiner eignen Thätigkeit für seine Zwecke, und diese Benutzung fremder Kräfte geschehe nach einem festgestellten Plan. Hierdurch entstehe allerdings eine gewisse Wechselseitigkeit unter den Komplottanten, die man eine gemeinschaftliche Thätigkeit nennen möge. Diese Gemeinschaftlichkeit habe — „rechtliche Wirkungen nicht“ (!).

An die Stelle also von Gesammtwillen, Gesammtabsicht und Gesammterfolg setzt v. Buri eine blosse gemeinschaftliche Thätigkeit (auch derjenigen, die an der Abrede, nicht aber an der Ausführung sich betheiligen?); diese aber soll strafrechtliche Wirkungen nicht haben. Auf diesen schwachen Punct werde ich unten, in Anlass ähnlicher Folgerungen Johns, zurückkommen.

Im Uebrigen verwirft er natürlich, und mit vollem Recht, die solidarische Haftbarkeit der Komplottanten, da es unbegründet sei, wenn

man jeden Einzelnen als Urheber des ganzen Verbrechens betrachte. Wie Diesem, stimme ich auch Folgendem bei

a. a. O. S. 38 ff.:

Die Strafbarkeit des Komplotts ist nach allgemeinen criminalrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen, also kein genügender Grund, dasselbe als eine besondere Begehungsweise der Verbrechen auszuzeichnen; dieselben allgemeinen Grundsätze gelten auch für die Verabredung Mehrerer zu gemeinschaftlicher Beihülfe oder Begünstigung. Doch kann natürlich ein Strafgesetz wegen besonderer Gefährlichkeit eines Verbrechens (rectius: des Zusammenwirkens Mehrerer oder gar Vieler zu gewissen Verbrechen, die vom Einzelnen begangen die Rechtsordnung ernstlich zu bedrohen kaum vermögen) hinreichenden Anlass finden, abweichende Bestimmungen, z. B. bei Hochverrath, über das Zusammenwirken Mehrerer im speciellen Theile zu treffen. — In der That ist dies auch der Standpunct der neuesten Gesetzbücher, wie Buri S. 39. richtig ausführt. —

Wenden wir uns nunmehr zu den schlagenden Ausführungen Johns a. a. O. Dieser zeigt zuvörderst, wie Köstlin selber die wunderliche Lehre von der „wechselseitigen Anstiftung" im Grunde verloren gebe, indem er dieselbe als nur regelmässig vorkommend hinstelle, damit aber ihre Nichtwesentlichkeit für den Komplottbegriff einräume. Sodann zu den drei Grundideen Köstlins übergehend, — dem Gesammtwillen, der Gesammtabsicht, dem Gesammterfolg — führt John den m. E. mindestens halben Nachweis von deren Unhaltbarkeit. Denn das Schaffen des ersten Ergebnisses, des Gesammtwillens, könnte lediglich als Vorbereitungshandlung mit Bezug auf das zu begehende Verbrechen sich darstellen; eine solche aber ist nur ausnahmsweise, auf Grund positiven Gesetzes (z. B. Preuss. St. G. B. §. 63.) strafbar. „Gesammtabsicht" aber ist eben nur ein Wort, welches die im Wesentlichen gleichen Absichten sämmtlicher Handelnden zusammenfassen, die Summe aller gleichen Absichten bezeichnen soll; mit gleichem Fug könnte man von einer „Gesammthandlung" sprechen. Doch können ja auch die Absichten ungleiche, ihrem Wesen nach verschiedenartige sein. Will man denn die Absicht des Gehülfen mit der des Thäters als Gesammtabsicht vereinigen, oder gar deren verschiedenartige Thätigkeiten zur Gesammthandlung? Der „Gesammterfolg" endlich kann nichts anderes sein, als das Ganze des durch mehrere Mitwirkende herbeigeführten Erfolges. In dieser Bedeutung aber ist derselbe dem Komplott keineswegs eigenthümlich, sondern bei Zusammenwirken mehrerer verbrecherisch Betheiligten überall vorhanden.

Soweit Johns Kritik. Ich stimme bei in allen Stücken. Allein vollständig ist dieselbe nicht, soll das auch schwerlich sein. Zur Ausrottung des Komplottbegriffs reicht sie nicht aus.

Nun aber Johns positive Betrachtung des sog. Komplotts, d. h. der vorgängigen Verabredung eines gemeinschaftlich zu begehenden Verbrechens. Mit Recht heisst es a. a. O., dieselbe lasse keine (besondere) Begehungsart der Verbrechen entstehen. Auch bedürfe sie im allgemeinen Theil eines Gesetzbuchs der Erwähnung nicht (was wir übrigens bezweifeln, s. unten), denn eine solche Bestimmung könnte nur lauten: „Jeder der Komplottanten ist nach dem Grade der ihm zur Last fallenden Schuld zu strafen.“ Ganz richtig; aber worin besteht hier diese „Schuld“? Ich werde das im folgenden §. darzulegen suchen. Man höre aber weiter:

> „Die voraufgegangene Verabredung hat lediglich eine factische Bedeutung, welche ihre Wirksamkeit bei der Strafzumessung, wie andere factische Verhältnisse auch, äussern mag.“

Nun frage ich: Hat denn der Umstand, dass eine verbrecherische bestärkende — wenn nicht gar anstiftende — Einwirkung des Verbrechers auf den Mitverbrecher stattgefunden hat, hier sogar eine intensiv erhöhte und dadurch ganz besonders wirksame — hat dieser Umstand etwa nicht Steigerung des Schuldmasses (der Schuldgrösse) zur nothwendigen Folge? Und wenn dies, ist dann seine Bedeutung eine lediglich „factische?“ Ist dies nicht vielmehr im recht eigentlichen Verstande eine strafrechtlich relevante, folglich eine rechtliche Bedeutung?

Dass aber John es ernstlich meint mit jener überraschenden Bezeichnung, das beweist deren sogar mehrfache Wiederholung a. a. O., und im Gesammtergebniss seiner Erörterungen über „Mitthäter und Gehülfen“, das. S. 28 und S. 32, dessen dritter „Satz“ so lautet:

> „3) die verschiedenen in der Doctrin aufgestellten Formen der Mitthäterschaft (zufällige M., Komplott, Bande) sind lediglich als factische Verhältnisse aufzufassen. Auf die Art derselben haben sie gar keinen, auf die Grösse derselben lediglich den Einfluss von Strafzumessungsgründen.“

Wiederum dieselbe Verwechslung; als ob an sich factische Umstände — und das sind ja zunächst alle Bestandtheile eines concreten Thaterfolges — nicht eben dadurch in rechtliche Thatmomente sich verwandelten, dass sie für die Strafzumessung erheblich erscheinen, auf Zurechnung und Strafmass daher einen rechtlichen Einfluss üben, und zwar nach Rechtsgründen üben müssen!

Und noch mehr. Sind etwa positivrechtliche Strafschärfungs- und Milderungsgründe rechtlicher, Strafzumessungs- (d. h. Erhöhungs- beziehungsweise Minderungs-) Gründe dagegen factischer Beschaffenheit? Der Unterschied besteht ja eben nur darin, dass jene eine Abweichung nach oben beziehungsweise unten hin vom gesetzlichen Strafrahmen, diese die Festsetzung der Strafe innerhalb des Strafrahmens bewirken. Das Eine ist so „rechtlich" bedeutungsvoll, wie das Andre. Mögen immerhin die Strafzumessungsgründe im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen, sondern dem richterlichen Ermessen des concreten Falls anheimgegeben sein — ihr Einfluss auf das Strafmass ist ein rechtlicher. Oder meint etwa John „concret", wenn er sagt: factisch? —

Vergleichen wir mit den unleugbaren Fortschritten der neueren Doctrin die der neuesten Gesetzgebung. Man kann ihr ein zwiefaches lobendes Zeugniss nicht versagen. Einmal ist sie den Verirrungen der Doctrin des achtzehnten und bis auf das letzte Jahrzehnt auch des neunzehnten Jahrhunderts nur widerstrebend und wie gezwungen gefolgt. Sodann hat sie sich beeilt, das aufgezwungene Joch wiederum abzuschütteln, sobald ein Umschwung der gemeinen Meinung, und damit ein Morgenroth der Befreiung, zu dämmern begann.

> „Die gemeinrechtliche Doctrin hat den Komplottbegriff in einer für die Praxis höchst gefährlichen Weise entwickelt; — — Ueber das Unheil, das dieser Begriff angerichtet hat, vergleiche man die Rechtsfälle bei Temme, Archiv etc. — Die neuen Gesetzbücher Preussens, Oldenburgs etc. erwähnen des Komplottes in ihren allgemeinen Bestimmungen gar nicht mehr; und diejenigen Kommentatoren verdienen keinen Dank, die der Praxis dieser Länder die alten Schlinggewächse der ihren Gesetzbüchern unbekannten Komplotttheorien zur vermeintlichen Ergänzung darbieten."

Klingen diese Worte Berners im Lehrbuch §. 112. Not. 2. nicht wie Grabgeläute? Und um so mehr muss uns Wunder nehmen, dass derselbe Berner in den Grundsätzen des Preuss. Strafr. am oben angezogenen Orte dennoch den Versuch unternimmt, Schösslinge von jenem „Schlinggewächse" dem Preussischen Strafrecht einzuimpfen.

Es ist in der That ein höchst lehrreicher Anblick, wie das neuere Preussische Strafrecht mit dem veralteten Standpunct des

Allg. Landr. II. Tit. 20

gebrochen hat, indem es in den Entwürfen und Revisionen seit dem Jahre 1843 den Komplottbegriff mehr und mehr einschränkte, endlich im Entw. von 1851 gänzlich aufgab.

Vgl. Temme. Lehrb. §. 71. Anm. I.
Beseler, Komment. über das St. G. B. etc. (1851) S. 152 ff.

So ist diese Gesetzgebung, und mit ihr auch die anderer deutschen Länder, geleitet gleichsehr von dem Tacte praktischer Erfahrung und dem Lichte geläuterter Rechtserkenntniss, dem Schulstaube der veralteten Lehre entronnen, der immer noch am überwundenen Standpunct klebenden gemeinrechtlichen Doctrin vorausgeeilt.

Im Eilen aber wird Manches vergessen; so auch hier. Man hat Ein nothwendiges Geräth im Stich gelassen. Zwar die generelle Lehre von der Verbrechermehrheit genügt im Allgemeinen vollkommen, um die Zurechnung des Verbrechens pro rata der schuldhaft Betheiligten vorzunehmen, sofern ein möglichst weitgefasster Strafrahmen — und die relativ bestimmte Strafe bildet ja heute gottseidank die Regel — den nöthigen Raum gewährt. Allein dennoch muss m. E. in dem Titel des Allgemeinen Theils von der Verbrechermehrheit (sog. Theilnahme am Verbrechen) eine Bestimmung darüber ihre Stelle finden, dass die Vorberedung des Verbrechens für alle Betheiligten einen erhöhenden Strafzumessungsgrund bildet (s. den Entwurf am Schluss dieser Schrift). Warum, das wird alsbald sich ergeben.

§. 38.

Die verbrecherische Vorverständigung, ein Straferhöhungsgrund.

Wo immer Mehrere zur Hervorbringung Eines verbrecherischen Erfolges schuldhaft und zwar vorsätzlich zusammenwirken, da geschieht dies entweder in Folge und Gemässheit einer dem Beginn der Thatausführung vorangehenden Verständigung über die zu begehende That, oder so, dass die Verständigung erst mit oder gar nach dem Beginn der Ausführung stattgefunden hat. Im letzteren Fall — dem der nichtvorberedeten rect. nichtvorverständigten Betheiligung — finden die oben (§. 35) für die sog. zufällige Mitthäterschaft erörterten Grundsätze Anwendung, mutatis mutandis auch da, wo es nicht oder doch nicht allein um Mitthäter, sondern um Thäter und Helfer (s. unten §. 51) sich handelt.

Der erstere Fall aber ist, soweit Mitthäter sich betheiligt haben, schon hier näher ins Auge zu fassen. Nicht, als ob nicht im Wesentlichen dieselben Grundsätze Platz greifen müssten, wo eine Vorberedung zwischen Mitanstiftern unter sich oder mit dem Angestifteten, oder zwischen Thäter und Helfer oder mehreren Mithelfern unter sich,

stattgefunden hat! Wir dürfen aber diesen Begriffsbestimmungen hier nicht vorgreifen.

Demjenigen Einzelthäter, welcher nach überlegtem Plan zur Ausführung geschritten ist, wird die begangene That als in erhöhtem Masse strafbar zugerechnet; denn er hat sie dolo praemeditato, nicht impetu (dolo subitaneo), begangen. Wo aus diesem höheren Grade des Vorsatzes nicht ein positives Sonderverbrechen sich herausgeschält hat, wie der Mord im Unterschiede vom Todschlage, — da bildet derselbe unleugbar einen Straferhöhungsgrund. Den mit überlegtem, planmässigem Vorsatz Betheiligten muss innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ein höheres Strafmass treffen, als den, welcher in Uebereilung vom Entschlusse in die That sich stürzte. So bei allen dolosen Verbrechen, auch Diebstahl und verwandte Delicte nicht ausgenommen. Die Rechtsparömie „Gelegenheit macht Diebe" findet hierin, wenigstens zum Theil, ihre Verwerthung. Ebenso in Fällen der Unterschlagung. A trifft in seinem Stalle ein zugelaufenes Schaf an; unmittelbar nach dieser Entdeckung vom suchenden Eigenthümer befragt, ob ihm ein Schaf zugelaufen, leugnet er in raschem Entschluss den Besitz.

Verfolgen wir den überlegten Vorsatz in seinem Werden. Das Motiv zu einer widerrechtlichen Handlung liegt in äusseren persönlichen Anlässen, in der Empfindung irgend eines Wunsches oder Bedürfnisses, welches das Subject befriedigen mögte.

Vgl. Berner, Lehrb. §. 93.

welcher aber die Unterscheidung von Motiv und Zweck nicht betont. Das Motiv („Interesse") gestaltet sich zum Zweck erst durch Vorausdenken der Wirkung einer Handlung. Denn Zweck ist die vorausgedachte Wirkung als Ursache zur Ursache, hier zur Absicht. Der Zweck, z. B. Befriedigung der Habsucht, Rachsucht, gebiert die Absicht — welche unser Vorsatz im weiteren Sinn bereits mitumfasst (s. oben §. 31) — z. B. den A zu bestehlen oder zu ermorden. Die Absicht aber verwandelt sich in den Vorsatz im engeren Sinn, und zwar in überlegten, wenn das Subject Mittel, Ort und Zeit, oft auch den specielleren Gegenstand der Handlung, in sich prüft und erwägt, und danach seinen Plan der Ausführung d. h. die concrete Begehungsweise feststellt, um mit demselben in die Aussenwelt zu treten. Schreitet Jemand in Gemässheit solchen Vorverfahrens zum Beginn der Haupthandlung, dann sagen wir von ihm: er hat mit überlegtem d. h. wohlerwogenem, wohlvorbereitetem Vorsatz gehandelt.

Ein solcher isolirter Process kann nun auch im Geiste mehrerer nichtvorverständigten (der sog. zufälligen) Mitthäter sich vollzogen haben — wie selten das immerhin in praxi vorkommen mag. A und B, Jeder für sich allein den C bestehlen wollend, treffen in dessen Waarenlager zusammen, und verständigen sich stillschweigend oder ausdrücklich zum Zusammenstehlen. Jeder hat nach überlegtem Plan gestohlen; es fehlte aber an einer vorgängigen Verständigung über den Diebstahl.

Worin besteht nun die strafrechtliche Bedeutung der Vorverständigung? Prüfen wir zunächst deren Wesen, sodann die Rechtswirkung.

Der beziehungsweisen Aehnlichkeit halber zuvörderst eine Analogie aus dem Process- (und Verwaltungs-) Rechte. Die Erwägung der Gründe, Mittel und Wirkungen geht im Geist des Einzelrichters (beziehungsweise Einzelbeamten der Verwaltung) der Beschlussfassung und Entscheidung voraus. Ebenso im Geiste jedes einzelnen Mitgliedes einer collegialen Gerichts- beziehungsweise Verwaltungsbehörde. Um aber hier aus den Einzelerwägungen der Mitglieder den Beschluss zu erzielen, findet unter denselben Discussion und endlich Abstimmung statt. Durch gegenseitige Einwirkung wird das Ergebniss der Erwägungen jedes Einzelnen theils bestärkt, theils ergänzt, theils verändert, und so auf dem Wege der Ausgleichung eine Uebereinstimmung Aller versucht, meist auch zuwege gebracht. Was hier gesetzliche Nothwendigkeit ist, die Fiction eines Gesammtbeschlusses, das ist, wo es um rechtlich unerlaubte und strafbare Zwecke sich handelt, rechtlich ebenso unmöglich wie unzulässig. Im Gebiet der rechtswidrigen Willenseinigung, wie im Strafrecht überhaupt, kann und darf eine Rechtsfiction überall nicht Platz greifen, also auch nicht die eines Gesammtwillens. Ich sehe nicht ein, wie

John a. a. O. S. 24.

den Gegnern eine derartige Concession machen kann.

Auch kam es weder den römischen noch den italischen Juristen in den Sinn, mit der societas sceleris, dem compactum oder tractatus delinquendi etwas Anderes oder Mehr bezeichnen zu wollen, als eine Analogie nur hinsichtlich des äusseren Herganges, eine äusserliche Aehnlichkeit des Entstehungsprocesses. Die Entdeckung des verbrecherischen Gesammtwillens ist eine traurige Errungenschaft erst der neueren Doctrin.

Sehen wir von den Fällen einmal ab, wo ein Einzelner, in dessen Geiste ein verbrecherischer Entschluss unabhängig und selbständig

gereift ist, in Anderen denselben Entschluss und den Thäter- oder Helferwillen erweckt hat, also von dem vielgliedrigen Begriff der Anstiftung — wie bildet sich unter Mehreren, die Jeder für sich zu einem und demselben Verbrechen ganz oder halbwegs in sich den Entschluss herangebildet haben, die verbrecherische Willensübereinstimmung? Ich meine: dadurch, dass entweder Einer derselben beim Zusammentreffen gegenüber einem oder mehreren der Uebrigen dem Gedanken Aller Worte leiht, durch Geberde Ausdruck gibt, oder dass sogar — was natürlich seltener — mehrere dies gleichzeitig thun. Es entsteht daraus eine Erwägung, Verhandlung Aller mit Allen, in deren Verlauf die Halbentschlossenen zum Entschluss gesteigert, die Vollentschlossenen in ihrem Einzelentschlusse gestählt, in Feststellung der Mittel und Wege umgestimmt oder bestimmt werden. Zugleich wirkt Jeder auf Jeden schon dadurch zurück, dass er sich bestärken, auch wohl im Einzelnen umstimmen lässt, jedenfalls aber das Bewusstsein der verbrecherischen Uebereinstimmung im Anderen hervorruft, ein Bewusstsein, das einem Krankheitsstoff ähnlich durch Hin- und Rückgabe der Influenz zur Seuche sich steigert. So werden Einzelpläne begrenzt, erweitert, bestätigt, Zweifel zerstreut, Bedenken gehoben. So tritt Jeder verwandelt, aber mit gesteigertem bösen Willen, aus dem Processe der Verabredung hervor. Was bei seinem Einzelentschluss immerhin im Bereich einiger Wahrscheinlichkeit lag, dass er denselben wiederum aufgab oder die Ausführung vertagte — das wird nunmehr theils im Hinblick auf das Wissen der Mitverschwornen, theils kraft des gekräftigten eignen Willens, dem Gebiet der Unwahrscheinlichkeit anangehören. Dies, aber nur dies, ist das Wahre an jenem vielgepriesenen Begriff der „Wechselwirkung“. Meist trifft die Verabredung, und damit eines Jeden Einwirkung auf den Anderen, den Entschluss im Werden — dann bringt sie ihn zur Reife —, seltener den gewordenen Entschluss — dann aber modificirt sie oder stählt sie doch den unwandelbaren, indem sie ihn hart, hartnäckig, beharrlich macht.

Sollte noch eine fernere Bestärkung — etwa eine eidliche, oder durch Blutmischung oder ähnliche symbolische Verkettung — des Ergebnisses dieser Verständigung hinzugetreten sein, dann mag man den verbrecherischen Bund immerhin „Verschwörung“ (conjuratio) nennen, oder, wie neuerer Brauch, diesen Ausdruck auf Verabredung zu politischen Verbrechen beziehen. Es wird durch solches Gebaren eine Bestärkung für die abergläubige Geistesrichtung des Verschwornen vielleicht eintreten, eine ganz besonders wirksame geistige Einwirkung zum Bösen sich kennzeichnen — an der Sache selbst wird dadurch

grundsätzlich Nichts geändert. In ähnlichem Falle verwendet man die Bezeichnung conspiratio, welche das Zusammenathmen der bösen Gedanken, und damit auch die Einwirkung des verpestenden, contagiösen Anhauchs, und zwar nicht blos bildlich, wiedergibt. Man wird die Vorberedung des Anstifters mit dem angestifteten Thäter, des Thäters mit dem Helfer, nicht leicht durch diese kräftigeren Ausdrücke bezeichnen. Allein auch für die Vorverständigung unter Mitthätern dienen sie nur allzuleicht zur Verdunkelung des klaren Begriffs.

Wir haben im Obigen, der Einfachheit wegen, lediglich vorverständigte Mitthäter vorausgesetzt. Verwerthen wir an diesem Fall unsre Theorie über die Schuldantheile, so finden wir die allgemeinen Grundsätze des §. 33. anwendbar, nur dass noch ein straferhöhendes Moment hinzutritt. Es ist also zu prüfen:

I. Der Thatantheil eines Jeden — ohne Rücksicht auf die Vorberedung.

Wieviel hat Jeder durch Mitwirken an der Ausführung zum verbrecherischen Erfolge beigetragen? Auch Mitthäter haben meist durchaus verschiedene Beiträge geliefert, der Qualität und der Quantität ihrer Thätigkeit nach. A hat etwa die Thür erbrochen, B die Behältnisse geöffnet, C die Sachen herausgezogen, D sie fortgeschleppt — Alle in der Absicht, die That selbst zu begehen. Zwar ergänzen sich diese Beiträge zur ganzen That, zwar hätte vielleicht jeder Einzelne Alles zu vollführen nicht vermogt oder nicht gewagt. Dennoch ist keiner Helfer des Anderen (unter unsrer Voraussetzung der Mitthäterschaft), Jeder verantwortet lediglich seinen Thatantheil, weil er nicht mehr nicht weniger — gethan. Eine Gesammtthat erscheint nicht blos dann als leere und unzulässige Fiction, wenn Helfer als solche mitwirkten — was man heute, wie gezeigt, einzuräumen bereit ist —, sondern ebensosehr dann, wenn wirkliche Mitthäter zusammenwirkten. — Hier war allenfalls das lediglich „Factische" an der Stelle, welches

John a. a. O. S. 26 u. s. f.

mit Unrecht auf die Verabredung der That beziehen will, hier wo vorläufig nur noch zur Frage steht: quid factum sit a singulis. Allenfalls, sage ich; denn jede Handlung, welche, ob rechtmässig ob rechtswidrig, das Rechtsgebiet betritt, hat „rechtliche" Wirkung und Bedeutung.

Schon hier mag die Frage auftauchen (s. Näheres im folgenden §.): wie, wenn der Thatantheil eines jeden von zweien oder mehreren vorverständigten Mitthätern deshalb als verschiedene That sich darstellt,

weil das Verbrechen des Einen unter dieses, die des Anderen unter jenes Strafgesetz subsumirt werden muss? Natürlich denke ich an solche Fälle nicht, in denen ein concursus delictorum bei scheinbarer Einheit der That vorliegt, z. B. A und B sind gleichzeitig in das Haus des X eingedrungen, A um zu stehlen, B um aus Rache den X zu ermorden. Sondern an solche, in denen eine und dieselbe That, bei Gemeinsamkeit des genus delicti, für jeden Mitthäter als verschiedene species delicti sich darstellt. A und B haben nach Abrede die X ermordet, A ist der Ehegatte der Gemordeten, B ein extraneus. Oder: C und D bestehlen nach Abrede zusammen den O; C ist Dienstbote des O, nicht aber der D. Hier ist offenbar die That des A Gattenmord, die des B einfacher Mord, — das Verbrechen des C ein Hausdiebstahl, das des D gewöhnlicher Diebstahl. Denn nach dem Thäter bestimmt sich die That, nach jedem Mitthäter dessen besondere That.

Vom Standpunct der „Gesammtthat" der Komplottanten sind im Grunde dergleichen Fälle überall nicht zu subsumiren — denn weder dem B kann Gattenmord, noch dem D Hausdiebstahl zur Last fallen. Vielmehr genügen solche Fälle vollkommen, um jene Theorie ad absurdum zu führen. Ist etwa die Gesammtthat für Beide ein Gattenmord, oder ein Hausdiebstahl? Nun, dann kann jener vom Nichtgatten, dieser vom Nichthausgenossen begangen werden!

Doch — diese Streitfrage wird alsbald zu vollem Austrage gelangen. Noch weit von unserm Ziel entfernt, dürfen wir nicht säumen, fortzuschreiten zur Prüfung

II. des Schuldantheils. Für jeden vorverständigten Mitthäter bestimmt sich dieser, unsrer Theorie gemäss, in zwiefacher Richtung und durch zwiefache Prüfung:

a. Nach der Causalität des verbrecherischen Willens eines Jeden für dessen eigne Thätigkeit.

 Handelte der Einzelne mit überlegtem Vorsatz? Eben diese Frage wird — soweit die Thätigkeit und That der Abrede entsprochen (keine sog. aberratio delicti stattgefunden) hat — durch das entscheidende Indicium: die Verabredung mit den Genossen, ohne Weiteres gelöst. Wie schwer es sein mag, den inneren Vorgang der Ueberlegung im Einzelthäter zu constatiren — hier hat dieselbe in einem äusseren Vorgange ihren unzweideutigen Ausdruck gefunden. Wer mit Anderen über die zubegehende That conspirirt hatte, der hat die eigne Prämeditation, wenn nicht schon früher, jedenfalls während der

Verständigung über das Verbrechen in die Wagschale der gemeinsamen Ueberlegung — sein Schwert zu den Schwertern — geworfen, seine Erwägung mit den Erwägungen Anderer austauschend und vereinend.

Der eigentliche Knotenpunct der Vorverständigung aber liegt

b. in der Einwirkung des rechtswidrigen und überlegten Vorsatzes eines Jeden auf den Vorsatz und die Thätigkeit jedes Mitverschwornen.

Jeder, auch der für sich bereits Entschlossene, fühlt zunächst das Bedürfniss sich selbst im verbrecherischen Entschluss und Vorhaben zu stärken an der Einigung mit den muthmasslich Gleichgesinnten. Fühlte er das Bedürfniss nicht, er würde meist vorziehen, allein zu handeln. Seltener mag es vorkommen, dass ein Einzelner lieber allein beschlösse und handelte, fürchtete er nicht eine Gegenwirkung, oder eine unberufene seinen Plan durchkreuzende Handlungsweise, oder gar Verrath von Seiten Anderer. Jenes Bedürfniss aber wird befriedigt durch den Austausch der Anschläge, durch Einigung zu einem für Alle bindenden Ausführungsplan. Der noch Unentschlossene beziehungsweise Halbentschlossene wird angestiftet beziehungsweise zum Vollentschluss gesteigert. Wir haben dies schon oben zu schildern gesucht.

Andrerseits aber wirkt Jeder auf den Anderen — soweit nämlich unter allen Mitverschwornen ein directer oder indirecter Austausch stattfindet — bestärkend zurück, theils schon durch die Wirksamkeit der Anstiftung beziehungsweise Bestärkung, die an ihm für jeden Anderen kenntlich sich vollzogen hat, theils auch durch Rückäusserung der bestimmten Erwartung seinerseits: es werden nunmehr auch die Uebrigen am Entschluss und Plan festhalten, ihn nicht im Stich lassen, m. E. W. das Beredete der Beredung gemäss mit ihm vereint zur That erheben. Diese Ein- und Rückeinwirkung kann dem Einzelnen in ganz verschiedenem Masse zur Last fallen. Hierauf beruht u. A. die erhöhte Schuld und Strafbarkeit des sogenannten Rädelsführers („Wortführers"), welcher den Plan der Ausführung entwirft,

Berner, Theiln. S. 427.

— um von dem sogenannten Komplottstifter und dem Anführer bei Verwirklichung des Plans ganz abzusehen. Allein ebensosehr die Verschiedenheit des im Vorwege Entschlossenen, der die Halbentschlossenen überredet hat, von diesen Letzteren

selbst. Bei Jenem überwiegt die geistige Einwirkung, bei Diesen die Rückeinwirkung. Erstere aber enthält stets den relativ grösseren Schuldantheil, weil sie productiver auftritt und wirken will, weil sie an die Erweckung des bösen Entschlusses (die Anstiftung) hinanstreift.

Je nach der grösseren Productivität, die im verschiedenen Masse der Anstrengung und deren Erfolgs hervorgetreten ist, wächst der Mitschuldantheil des Einzelnen und dessen Strafbarkeit.

§. 39.

Anwendung auf besondere Fälle. Rückblick auf die Komplottlehre.

Doch darf nicht übersehen werden, dass auch solche persönlich erschwerende Umstände und Verhältnisse, die mit der That und deren Gegenstande connex, etwa für den Einen vorhanden sind, für den Anderen nicht — man vergleiche nur die obigen Beispiele: Gattenmord, und Hausdiebstahl — dennoch auch auf Seiten des Letztgenannten einen erhöhenden Strafzumessungsgrund abgeben müssen, wenn und soweit sie ihm zur Zeit der Beredung oder doch der That bekannt waren. Zwar wird lediglich der Ehegatte wegen Gattenmordes, der Hausgenosse wegen Hausdiebstahls bestraft werden können — weil dieser Begriff auf Seiten des mitwirkenden extraneus eben undenkbar ist. Allein dies kann und darf nicht hindern, dass auch dem Letzteren der Umstand zur Mitschuld angerechnet werde, mit einem Ehegatten u. s. f. eine diesen so sehr gravirende That beredet und begangen zu haben. Man bedenke nur, dass er einen Gatten zum Gattenmorde u. s. f. wissentlich und vorsätzlich anstiftete oder bestärkte. Zwar also ist er lediglich einfacher Mörder, einfacher Dieb, aber innerhalb des Strafrahmens für diese Verbrechen bildet die verbrecherische Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung auf einen Ehegatten zum Gattenmorde, auf einen Dienstboten zum Bestehlen der Herrschaft, einen ganz wesentlichen Strafzumessungsgrund. Wusste und wollte er doch, lass er die grössere Schuld, die schwerere That seines Mitthäters stärke oder gar anstifte. Sein Mitschuldantheil erscheint um soviel grösser, als die Schuld des Mitschuldigen eine grössere war als seine eigne isolirte Schuld.

Es war zu erwarten, dass

in seiner ebenso lichtvollen wie haarscharfen Kritik der Entscheidung des Obertribunals dieser Erkenntniss sich nicht entziehen werde. Allein er deutet gleichsam im Fluge auf dieselbe hin, in den kurzen Worten:

> „Der Umstand, dass A der Ehegatte des Ermordeten war, kann allerdings bei der Bestrafung des B hinsichtlich der Strafzumessung neben anderen Strafzumessungsgründen von Einfluss werden",

anstatt dieses Moment näher durchzuführen, etwa zum Mittelpunct seiner eignen Deduction zu erheben. Im Gesammtergebniss (S. 49) kommt er nicht einmal darauf zurück.

Wir sagen: jener Umstand muss von Einfluss werden, von erheblichem Einfluss, natürlich die Bekanntschaft des B damit vorausgesetzt. Ich kann nicht einmal zugeben, dass es über diesen Punct einer besonderen Frage an die Geschwornen unter allen Umständen bedurfte. Denn die Strafzumessung, also auch die aus diesem höchsterheblichen Momente, ist lediglich Sache des Gerichtshofes, wenn durch den Spruch der Geschwornen feststeht, dass B in Gemeinschaft mit der Ehegattin A des Ermordeten diesen vorsätzlich getödtet habe — welcher Wahrspruch dann offenbar die Bekanntschaft des B mit jenem ehelichen Verhältniss der Mitthäterin schon den Worten nach voraussetzt, sofern ein Zweifel in dieser Richtung bei der Verhandlung überall nicht aufgetaucht ist. Nur, wenn Letzteres der Fall, dann freilich mogte die Zusatzfrage: war dem B dieses u. s. w. bekannt? geboten erscheinen.

Schon hieraus folgt, dass ich in dem von John a. a. O. ausführlich erörterten Rechtsfalle

> vgl. Goltdammer, Archiv. Bd. VIII. S. 721 ff.

zwar den Ausspruch des Kgl. Obertribunals

> „der von Mehreren gemeinschaftlich verübte Mord des Ehegatten eines derselben wird an Allen als Gattenmord bestraft"

unbedingt verwerfen, vielmehr der Gegenthese Johns beistimmen muss:

> „der von mehreren Mitthätern verübte Mord des Ehegatten eines derselben wird nur an dem Ehegatten des Ermordeten als Gattenmord bestraft",

allein mit einem m. E. durchaus erforderlichen Zusatze:

> War indessen dem Mitthäter des Gattenmörders des letzteren persönliches Verhältniss zum Ermordeten bekannt, dann bildet dieser Umstand für ersteren einen erheblich erhöhenden Strafzumessungsgrund.

Ist dies schon bei nichtvorberedeter Mitthäterschaft ganz unbestreit-

bar (s. oben §. 35), so tritt es umsomehr in den Vordergrund, wo eine Vorverständigung über die That — schon an sich straferhöhender Natur — mit dem als solcher bekannten Ehegatten des Gemordeten stattgefunden hat, somit zwei selbständige Straferhöhungsgründe concurriren.

Bereits oben ward auch der Hausdiebstahl als Beispiel herangezogen. Dabei hatte ich nachstehenden Rechtsfall im Auge:

Der Kellner M, in Kost und Wohnung bei seinem Dienstherrn, dem Schenkwirth S, ist von diesem zum Maitermin gekündigt, und hat mit einem ihm befreundeten P, dessen Condition als Lagerknecht eines Handlungshauses ebenfalls zum Mai aufhören wird, gemeinsame Auswanderung beschlossen. Gegen Ende des Aprilmonats führt eine Berathung zu dem Ergebniss, dass des P Baarschaft für die Reisekosten etc. schwerlich ausreichen dürfte, und fast gleichzeitig sprechen sie gegen einander den Gedanken aus, man könne ja das Fehlende durch Leerung der gemeiniglich unverschlossenen Kasse des S zu ergänzen suchen (Zweck), M überwiegend von Rachsucht gegen seinen Principal, P lediglich von Gewinnsucht geleitet (Motive). Sie bereden folgenden Plan, dessen Ausführung gelingt: Am 28. April früh erbittet sich M Urlaub für einen halben Tag, um in der benachbarten Seestadt sein Passagebillet zu lösen. Er begibt sich statt dessen zum P. In der Dämmerungsstunde nähern sie sich dem Hause des S, P hineinlugend findet die Schenkstube menschenleer und verkündet dies dem wartenden M. Sie schleichen hinein, M zeigt dem P die Kassenschublade, welche Beide gemeinschaftlich leeren; M überliefert seine Beute ebenfalls dem P. Beide sind aber von dem S gesehen worden, was Nacheile und ihre Verhaftung zur Folge hat.

Ohne Zweifel hat M Hausdiebstahl, P nur einfachen Diebstahl begangen.

Vgl. im Preuss. St. G. B. §§. 217. 4) und 216.

Allein — um vom allgemeinen That- wie Schuldantheil eines Jeden ganz abzusehen — die Mitschuld des P erscheint eben dadurch wesentlich erhöht, dass er das Dienstverhältniss des M kennend und benutzend, diesen in dem schmählicheren und höher strafbaren Entschluss, an seinem Dienstherrn einen Vertrauensbruch zu begehen, bestärkt hat. Je grösser die Schuldsumme des Bestärkten, desto grösser auch der Mitschuldantheil, welchen der Bestärker ebendadurch auf sich geladen und zu tragen hat. Vielleicht würde den P — wir lassen hier den §. 217. 6) des Preuss. St. G. B. vor der Hand ausser Ansatz —, hätte er den Diebstahl allein begangen, eine Gefängnissstrafe von 2 Monaten treffen (minimum 1 Monat). Jener Mitschuldantheil aber be-

rechtigt uns, hier die Strafe etwa auf Gefängniss von 4 Monaten zu erhöhen. Dazu würde dann freilich noch der allgemeine Straferhöhungsgrund der Vorverständigung (sog. Komplott) hinzutreten, wäre derselbe nicht eben hier im St. G. B. durch die Bestimmung des §. 217. 6) „Diebstahl von zwei oder mehr Personen begangen" (einfacher D. „unter erschwerenden Umständen") absorbirt. Durch Anwendung dieser Bestimmung würde die gesammte Strafe des P — da das Minimum des §. 217. 6) in 3 Monaten besteht — etwa auf sechsmonatliche Gefängnissstrafe sich stellen. —

Wie aber nun in Fällen entgegengesetzter Art d. h. solchen, wo wegen persönlichen Verhältnisses oder wegen Berücksichtigung individueller Thatumstände, das Gesetz eine mildere Strafe eintreten lässt als die gewöhnliche, z. B. bei dem Kindesmorde? Kann hier für den Mitthäter A, der mit der unehelichen Mutter B zusammenhandelt, dies für ersteren als ein strafmindernder Zumessungsgrund in Betracht kommen? Wir haben diese Frage — ganz gegen die gemeine Meinung — bereits oben im §. 35. bejaht. Auch gerathe ich dadurch mit

Al. 2. des Preuss. St. G. B. §. 180.

keineswegs in Widerspruch. Denn freilich ist der A hier gemeiner Mörder beziehungsweise Todschläger; allein dies würde eine Berücksichtigung jenes Umstandes bei der Strafzumessung an sich nicht ausschliessen, wäre nicht die Strafe des Mordes und Todschlags eben eine absolut bestimmte.

Andrerseits muss die Vorverständigung zwischen A und der B über die Kindestödtung für Beide straferhöhend wirken, soweit nicht auch hier eine absolute Strafbestimmung dem hinsichtlich des A eine Schranke setzt. Wir denken natürlich an eine Vorverständigung „in oder gleich nach der Geburt". Denn eine Verständigung über den Mord des eventuellen Kindes, vor der Niederkunft getroffen, würde auch für die uneheliche Mutter den gemilderten Begriff des Kindesmordes ausschliessen, sie zur Thäterin eines qualificirten, nämlich eines Verwandtenmordes stempeln können.

Ueberblicken wir von dem nunmehr gewonnenen freien Standpunct aus die Komplottlehre der gemeinrechtlichen Doctrin, dann erscheint sie uns nicht etwa nur wie ein Tummelplatz der Verwirrung, in dem jeder Fussbreit Landes bestritten ist — ihre Dogmen, von denen man bald dieses bald jenes vorzuschieben gesucht hat, stellen sich als ebenso viele Verirrungen dar. Zuvörderst der Satz:

A. Allen Komplottanten — mindestens den bei der Ausführung Thätigen, oder doch den „Miturhebern“ beziehungsweise Mitthätern — sei das ganze Verbrechen zurechenbar (solidarische Haftbarkeit).

Wahr daran ist lediglich, dass die Vorverständigung unter Mitverbrechern überhaupt einerseits für Jeden einen mehr oder minder erhöhenden Strafzumessungsgrund, andrerseits ein dringendes Indicium für den überlegten Vorsatz eines Jeden abwirft. Unwahr alles Uebrige, denn

1. jener Straferhöhungsgrund sowohl als diese Anzeige der Prämeditation greift in demselben Masse Platz, wo zwischen Anstifter und angestiftetem Thäter, unter mehreren Anstiftern, zwischen Thäter und Helfer, unter mehreren Helfern, eine der Ausführung vorhergehende Verständigung stattgefunden hat. So schwindet der Komplottbegriff zum Nichts zusammen; sich verflüchtigend, lässt er als Bodensatz nur dies zurück: die Vorverständigung unter irgend welchen Mitverbrechern als Strafzumessungsgrund.

2. Die „Miturheberschaft“ hat auf den Namen eines Begriffs überall keinen Anspruch, muss als ein Versuch, Unvereinbares zu vereinen, nothwendig scheitern (s. Einleit. §. 2). Denn der sog. intellectuelle Urheber ist eben Nichtthäter; Thäter und Nichtthäter aber sind incommensurable Grössen. Woher denn das gleiche Mass nehmen? Nur eine leere und unzulässige Fiction enthielt das Unternehmen, beide unter den Komplottbegriff hineinzuzwängen.

3. Selbst auf Mitthäter beschränkt, ist ein Gesammtwille mit seinen Sprösslingen, der Gesammtabsicht, Gesammtthat, dem Gesammterfolge — in offenem Widerspruch mit der einfachen Wahrheit, dass der Solidaritätsbegriff lediglich im Gebiet des Privatrechts heimisch sein kann, auf dem Felde des Strafrechts schutz- und haltlos dastehen würde. Das Strafrecht kennt überall keine Fiction, am Wenigsten eine solche, die zu Ungunsten des Angeschuldigten, also ungerecht sein müsste. Es kennt daher auch nur Einzelwillen, Einzelverbrecher, Einzelthat; Jeden trifft seine Strafe für seine volle Schuld, deren er in concreto überführt worden. „Wer wirklich ernstlich an die Köstlin'sche Gesammtabsicht etc. glaubt“, sagt mit vollem Recht

John, Kritiken a. a. O. S. 28.

„der hat beispielsweise gewiss keinen Grund, die Strafbarkeit juristischer Personen anzuzweifeln.“

Frühzeitig hat man sich denn auch nach Nothankern umgesehen für den Fall, dass jene solidarische Haft festen Grund zu fassen nicht vermögte.

B. Das Komplott sine actu als solches sei ein Sondervergehen, als solches strafbar.

Wahr daran ist, dass die Gesetzgebung Anlass finden mag, bei einzelnen besonders gemeingefährlichen, vom Einzelnen allein nicht leicht unternehmbaren, wenn so unternommen wenig gefahrdrohenden Verbrechen schon diese blosse Vorbereitungshandlung zu einem Sondervergehen auszuprägen, so Hochverrathsberedung, oder etwa noch Verschwörung zu Landesverrath, Aufruhr, Landfriedensbruch, Landzwang. So das

Preuss. St. G. B. §. 63. und anderswo (s. unten Abschn. III. §. 63).

Wahr daran ist allenfalls noch, dass die Polizei in jedem Fall auf die bei solcher Vorbereitungshandlung Betheiligten für die Zukunft ein wachsames Auge richten wird. Unwahr alles Uebrige. Sodann

C. Das Komplott cum actu sei ein allgemeiner Strafschärfungsgrund.

Wahr daran ist wiederum, dass die Gesetzgebung auch hier Anlass finden mag, in einzelnen Fällen ein erschwertes, gewissermassen qualificirtes Vergehen da für Jeden anzunehmen, wo dasselbe von mehreren Personen gemeinsam begangen wird. Ein Beispiel bietet

das Preuss. St. G. B. §. 217. 6) (Revision von 1859).
Vgl. das ursprüngliche St. G. B. vom 14. April 1851 und Gesetz vom 14. April 1856 zu §§. 217. 218 dess.

Ob auch anderswo ein Gleiches sich empfehle, ist eine Frage de lege ferenda. Jedenfalls aber wäre dies dann auf Fälle der sog. „nothwendigen Theilnahme" (s. unsern Abschn. III.) nicht auszudehnen. Hierher lassen sich auch ziehen im

Preuss. St. G. B. die §§. 96. 98. 99. 214. 284. (s. unten §. 63).

Ich achte die allzu häufige Aufstellung solcher wegen der Mehrheit der Mitwirkenden angedrohten Strafschärfungen für bedenklichen Missgriff. Genügt es doch im Allgemeinen vollkommen, dass man den erhöhenden Strafzumessungsgrund in jeder Vorverständigung anerkennt.

Unwahr aber ist, dass ein allgemeiner Strafschärfungsgrund, wie der sub C. genannte, dem positiven gemeinen Recht angehöre. —

Die Auffassung endlich des „blossen Komplotts" d. h. der verbrecherischen Vorverständigung, die aus äusseren vom Willen der Be-

theiligten unabhängigen Umständen sine actu verblieben, — als entfernter Versuch des beredeten Verbrechens, wie sie bei

Köstlin, N. Rev. §. 150. System. §. 106.
Geib, Lehrb. II. §. 109. u. A.

hervortritt, hat ihre Erledigung gefunden.

Vgl. u. A. von Bar a. a. O. S. 91 ff.

§. 40.

c. Die Bande.

Erst, nachdem der Komplottbegriff in der Doctrin Bürgerrecht sich erschlichen hatte, erhielt im Anschluss an Chursächsische Mandate und particularrechtliche Codificationen

s. Stübel, Thatbest. §. 66.
Hälschner, Syst. I. S. 426.

der Begriff der Bande eine feste Gestalt. Man hatte es hier in der That nicht etwa mit einem fremden Eindringling von zweideutiger Herkunft zu thun, sondern mit einem altgermanischen Stammwort, dessen sprachliche und begriffliche Entwickelung in hohem Grade lehrreich ist, eine Entwickelung, die dem Schosse des Mittelalters fast unmerklich entwachsen war.

Zwar konnte dem römischen Recht der Begriff selbst unmöglich ganz fremd geblieben sein, doch fand es einerseits in der Receptionsperiode jene Entwickelung bereits vor, andrerseits bot es hinreichend feste Anhaltspuncte nicht. Nichtjuristische Schriftsteller der Römer verwenden nicht selten grex und globus in nicht ganz unähnlichem Sinne, die Rechtssprache streift gelegentlich mit der factio cruenta, scelesta an den Begriff der Bande, ohne indess demselben greifbare Gestalt zu geben. Immer ist es entweder die Partei, der Anhang, oder die conjuratio, seditio, welche die organisirte Verbrecherverbindung in sich aufnimmt. Dieselbe wird mit der factio als gleichbedeutend zusammengestellt. Es fehlte eben der technische Ausdruck, ein sicheres Zeichen von der Unfertigkeit des Begriffs.

Im canonischen Recht und der älteren Doctrin gestaltet sich das assassinium zu einem stehenden Beispiel des gewerbmässigen Mordes; allein die Verbindung einer Mehrheit zu solchem Verbrechergewerbe ist dabei unwesentlich.

Das Wort „Bande“ findet seine sprachliche Wurzel in dem gothischen „bant“, angelsächs. bunt (Sanskr. bandh), davon altdeutsch: binden = ligare (cff. liga, ligue)

Graff, Althochd. Sprachsch. s. v. Bant.

Das allmälige Erwachsen des Bandenbegriffs aus dieser Wurzel — wobei die Abzweigung in veränderter Form und Bedeutung als „Bann" an diesem Ort ausser Acht gelassen werden muss — verfolgen wir am Sichersten unter Leitung eines Du Cange und Grimm. Denn die Glossarien von Haltaus und Scherz bieten Nichts, das von Wachter nur Dürftiges:

Band = fascia, vinculum, ligamen cujuscunque generis. Vexillum, signum militare (welches mit fascia und hastis vielleicht sachlichen Zusammenhang habe). Hier hätte dem Wachter das „Banner" einfallen müssen!

Bande = sodalitium i. e. omnis multitudo, quae communi quodam nexu et vinculo, sive utilitatis sive jucunditatis, in unam societatem colligitur. (Galli inde „abandonner" i. e. pristinum nexum deserere.)

Du Cange. Glossar. med. et infim. latinit.

dagegen überschüttet uns auch hier mit dem Füllhorn seines Stoffs, und zwingt zur Auswahl und vorsichtigen Combination.

Zuerst, bereits im 13. Jahrhundert, löst sich vom altdeutschen bant, band ab das latinisirte: Bandum = Vexillum (parvum), signum militare (auch gräcisirt als *βάνδον*). Ich finde darin die unverkennbare Quelle des deutschen Banner = Bander, s. unten Banderium, d. h. die Schärpe des Anführers als Fahne am Speer getragen. Die unter dem Bandum stehende Truppe heisst Bandus = cohors. Diese unternimmt Streifzüge in die Nachbarländer, und kehrt aus Italien und Spanien als Banda zurück, nachdem sie im erstgenannten Lande dem bandito das Leben gegeben, die ominöse Familie der banditi begründet hat (bandito ist der genossenschaftliche und gewerbmässige homicida — assassino nur letzteres).

Banda = nomen militiae sic dictae a Banda seu taenia rubra (die rothe Schärpe), lata quatuor digitos, quam ipsi a dextro humero etc. — verwandt mit Bandeau, Bandellus (Bändel), Banderium und Banderia (das Fähnlein) = cohors quadringentorum militum.

Bereits im 14. Jahrhundert stellt sich die Freischaar mit der eigentlichen Kriegsmacht unter denselben Namen. Banda, Bandum und Bandus ist nunmehr schlechthin: Caterva, manus (Mannschaft, gemeiniglich bewaffnete). Du Cange fügt hinzu: Bande dicimus (d. h. wir Franzosen) eadem significatione; unde nostris Abandés, socii qui easdem partes sequuntur. Doch wiegt noch immer die beschränktere

Bedeutung vor: Hominum turba sub certo duce vel vexillo collecta. Wie die cohors selbst, heisst auch deren Aushebungsdistrict gelegentlich: Bande, Band, Bann.

Die spätere Ausdehnung des Begriffs zeigt

Grimm, Deutsch. Wörterb. I.

Bande, f. pl. banden, früher auch bünde, pl. bände, bende, cohors, caterva, turba, trupp, gesellschaft von soldaten, schauspielern, musikanten, räubern. Schon im 16. jahrhundert: etliche bände landsknecht etc.

Die belege zeigen, dass die benennung von gesetzlichen, anständigen vereinen ausgegangen, allmälig den schein des anrüchigen und gemeinen auf sie fallen lässt, der auch schon mit „haufe" verbunden ist, sich aber in trupp und truppe noch verstärkt.

Die particulären Gesetzgebungen setzten die Beschränkung des Begriffs auf verächtliche, ungesetzliche Verbindungen fort, und überlieferten so der Doctrin die halbfertige Bande.

Wir sind dem sprachlichen Processe Schritt für Schritt gefolgt, nicht blos im Interesse dieses Einzelbegriffs, sondern um an dem Beispiel zu zeigen, wie wenig die Fundgrube des mittelalterlichen Sprachschatzes von der heutigen Rechtswissenschaft ausgebeutet wird. Wenn man dieser ergiebigen Hülfsquelle der Rechtsgeschichte sich beraubt, was Wunder dann, dass man zu dem traurigen — weil willkürlichen und trüglichen — Nothbehelf der dogmatischen Construction aus Speculationselementen greifen muss, dass die Rechtsphilosophie den Mangel an Forschung in der Geschichte unsrer Rechtssprache ersetzen soll.

Als die Doctrin am Schluss des 18. Jahrhunderts der Bande sich bemächtigte, dieselbe im allgemeinen Theil des Strafrechts zu verwerthen suchte, stand sie keinen Augenblick an, die Bande ihrem Komplott unterzuordnen, ohne aber den Fingerzeig zu beachten, welchen bereits das

Preuss. Allg. Landr. II. 20. §. 1209.

bei Gelegenheit der Diebs- und Räuberbande durch die bezeichnenden Worte „gemeinschaftliches Gewerbe" gegeben hatte.

Feuerbach, Lehrb. §. 47.

fasste sie als eine species des Komplotts, ausgezeichnet nur dadurch, dass der Zweck der Vereinigung hier eine ganze Gattung ist, eine unbestimmte Menge einzelner Verbrechen; was von

Heffter, Lehrb. §. 86. u. A.

dahin näher begrenzt wurde, es nehme die Bande erst durch den Ueber-

gang zu einem bestimmten Verbrechen der Gattung den Character des Komplotts an. Weder die Construction dieses Begriffs, noch der Grund seiner Strafbarkeit, noch endlich sein Verhältniss zur Zurechnung überhaupt, vermogte erheblich fortzuschreiten, so lange man mit der gefährlichen Theorie sich herumschlug, welche die blosse Vereinigung zur Verbrechensbegehung als Versuch des (nichtunternommenen!) Verbrechens auffassen wollte. Mit Fug durfte man fragen: Welchen Verbrechens? Etwa eines noch unbestimmten, oder aller möglichen innerhalb jener,, Gattung"? Es ist in der That ein keineswegs erquicklicher Anblick, wenn man sieht, wie der geistvolle

Köstlin, System. §. 110.

— in der Neuen Revision war der Begriff ganz unerörtert gelassen — sich abmüht, für seinen „entfernten Versuch" einen „Durchschnitt nach dem Umfang und der Art und Grösse der in die Vereinigung aufgenommenen Verbrechen" zu finden! Wie nun, wenn eine Bande zur Verübung aller denkbaren Verbrechen, nicht einmal solche gegen die Staatsordnung selber ausgenommen, sich gebildet hat? Soll man hier etwa zwischen Hochverrath und Vatermord einerseits, und Mundraub oder Gebrauchsanmassung andrerseits die Mitte suchen? Doch genug; man käme in Gefahr einem hervorragenden Criminalisten unseres Jahrhunderts Unrecht zu thun, wollte man den Fusstapfen dieser Verirrung nachgehen. Nur consequent war es dagegen, wenn Köstlin seine Gesammtabsicht beim Komplotte für die Bande zur „Generalabsicht" erhob, freilich auf „die Begehung im Einzelnen nicht vorher bestimmter Verbrechen" gerichtet,

a. a. O. §. 109.

Natürlich steht und fällt dieselbe mit der Gesammtabsicht, natürlich scheitert sie mit dieser an dem oben dargelegten inneren Widerspruch, den jede strafrechtliche Solidarität an der Stirn trägt.

Der lichtvollen Darstellung von

Berner, Theiln. S. 12. S. 482 ff.

verdanken wir, wie den festen Boden, so auch Grundlage und Ausbau der heutigen Theorie. Voran steht der fruchtbare Gedanke: Gleichwie die Gesinnung im Einzelindividuum der zeugende Grund ist, welcher die einzelnen gleichartigen Absichten und Entschlüsse hervortreibt, so ist für die Verbrechermehrheit die Bande — „das höchste Stadium, welches das Schlechte nach seiner formellen Seite zu erreichen vermag" — allgemeine Quelle der einzelnen Komplotte und der diesen gemäss verübten Einzelverbrechen, welche so die Bande „aus sich entlässt". Den Organismus des Bösen, in welchem das Verbrechen

als geordnete aber geheime Macht auftritt, schildert Berner sodann a. a. O. (drittes Kapitel des dritten Buchs) unter der Kategorie der „Wechselwirkung" — ein düsteres Bild in glänzendem Rahmen —, doch nicht unbeeinflusst von den damaligen Ideen des „Generalentschlusses" (S. 488) und der „gegenseitigen Anstiftung" (S. 499).

Noch fehlte es an hinreichender Erkenntniss eines Hauptmerkmals im Wesen der Bande — der Gewerbmässigkeit. Und doch lag schon dem Assassinium des canonischen Rechts, welches der mittelalterlichen Doctrin nicht wieder entschwindet, dieser Gesichtspunct zum Grunde, wenn gleich nicht immer ganz klar bewusst. Der Gedanke, verschüttet unter dem Schulstaub späterer Theorien, bedurfte der Ausgrabung und sodann wissenschaftlicher Construction. Diesen Fortschritt verdanken wir

Hälschner, System. I. §. 112.

Wie den gewerbmässigen Verbrecher — den Lohnmörder, Geschäftshehler, Berufsdieb — dies kennzeichnet und vom gewöhnlichen Verbrecher unterscheidet, dass ihm das Böse durch eigne Schuld zur bleibenden testen Norm seines Willens geworden, die böse That aus einem allgemeinen Entschlusse (richtiger anderswo ebendaselbst: aus dem „zuständlich gewordenen Willen") zum Bösen erwächst, als dessen stets wiederkehrende Individualisirung, so liegt im Wesen der Bande, der einzelnen verbrecherischen Verabredung gegenüber, dasselbe unterscheidende Kennzeichen.

Hieraus ergibt sich — um die Resultate der neueren Theorien zusammenzufassen — ein doppeltes Mass für die Bestimmung von Schuld und Strafe des Bandenmitgliedes, ein doppeltes Gewicht, das beschwerend in die Wagschale fällt: die organisirte verbrecherische Thätigkeit, und die gewerb- oder gleichsam berufsmässige Beschaffenheit des bösen Willens und der bösen That. Mit dieser Stufe auf der Bahn des Verbrechens ist, um im Geiste Dantes zu zeichnen, der letzte und tiefste Höllenkreis beschritten.

Die Bande, als die Verbrecherverbindung zur gewerbmässigen dauernden Verübung von im Einzelnen noch nicht bestimmten Verbrechen gleicher oder verschiedener Art, bedarf einer Organisation, und zeigt so auf dem Gebiete des Unrechts das Zerrbild einer Ordnung. Wie jeder Organismus besteht und wirkt sie durch das Verhältniss eines Hauptes zu den Gliedern. Doch darf dies nicht allzu buchstäblich verstanden werden. Die Organisation kann eine mehr oder minder ausgebildete, das Band, welches die Glieder umschlingt, ein festeres oder loseres sein — immer ist es ein organisches. Denn

es handelt sich um eine Genossenschaft von Verbrechern. Hierin eben liegt nicht blos, wie meist allzu einseitig betont wird, die besondere Gefährlichkeit der Bande — ich mögte sagen, als einer Unrechtsordnung — für die Rechtsordnung, sondern namentlich auch die besondere Kraft und Intensität der gegenseitigen geistigen Einwirkung unter den Gliedern der Bande.

Jeder Einzelne fühlt sich nicht blos an eine Einzelberedung gebunden; er wird gehalten, getrieben von den Bindemuskeln der organischen Gemeinschaft. Seine Abhängigkeit ist nicht lediglich eine partielle, auf ein Einzelunternehmen beschränkte — vergleichbar der Societät zum Einzelgeschäft —, sie ist eine universelle oder doch generelle — nicht unähnlich der allgemeinen Erwerbsgesellschaft. Doch passt die Analogie insofern nur schlecht, als der Bandengenosse das verbrecherische Band nicht wieder lösen kann, ohne seine persönliche Sicherheit auf das Spiel zu setzen. So hält Jeder den Anderen wie mit eisernen Banden, umso mehr, als durch Abtrennung oder Lossagung Eines Gliedes der ganze Organismus mit Zerstörung bedroht wird. Ebendarum schon trägt Jeder an der Schuld des Anderen umso grössere Mitschuld.

Andrerseits steigert auch die Beschaffenheit der Entschlussfassung und Ausführung die geistige Einwirkung, und damit die Schuldantheile. Beides geschieht g e w e r b m ä s s i g, würde also schon für den Einzelthäter grössere sittliche Schuld enthalten. Aber mehr noch: das Gewerbe ist ein gemeinsames, und zwar g e n o s s e n s c h a f t l i c h e s. Jeder will vom Anderen lernen, im Verbrecherberuf geistig gefördert werden, und zugleich den Anderen lehren, ihn geistig fördern oder heranbilden — ganz davon abgesehen, dass hier im eigentlichen Verstande Lehrer und Schüler, Lehrmeister, Gesellen und Lehrlinge neben einander auftreten können. Dabei sind die ursprünglichen Stifter der Bande von den späterhin beigetretenen oder geworbenen Genossen allerdings zu unterscheiden.

Ganz mit Recht hat sich nun die neuere Doctrin zu der geläuterten Auffassung erhoben, dass die Bande d. h. die Bandenbildung nicht etwa eine Unterart des „Komplots" d. h. der Einzelvorverständigung sei, vielmehr eher die allgemeine Quelle von solchen, welche sie im einzelnen Fall „aus sich entlässt"

B e r n e r a. a. O. S. 12,

und schwerlich richtig gefasst ist der Satz bei

H ä l s c h n e r a. a. O. S. 425:

„die Bande — — steht in dieser Beziehung (als Form der

Theilnahme am Verbrechen) dem Komplotte völlig gleich, und ist lediglich als solches zu beurtheilen".

Es ist eben die Bandenbildung nicht Einzelverabredung, sondern allgemeine Verbindung, nämlich Bildung einer gewerbmässigen Verbrechens-Genossenschaft durch Abrede. Aber auch das ist buchstäblich nicht zu nehmen, dass jedes von Bandegliedern der allgemeinen Beredung gemäss, also innerhalb des Genossenschaftszwecks, verübte Verbrechen durch ein dazwischenliegendes wirkliches Komplott d. h. Einzelvorberedung vermittelt werden müsse. Der möglichen Fälle sind — immer unter jener Voraussetzung, nämlich der Genossenschaftgemässheit — mehrere. Entweder es geht dem Einzelverbrechen eine Einzelverständigung voraus, und zwar wiederum bald zwischen dem beziehungsweise den Thätern und einem der Häupter, bald zwischen einfachen Genossen ohne Mitverständigung eines Hauptes. Oder es handelt ein Bandengenoss als Einzelthäter, ohne Vorverständigung mit Haupt oder Genossen, aber für die Bande, als Bandeglied, innerhalb deren Zwecks. Dieser letzte Fall bleibt meist unbeachtet, auch mag es immerhin der seltnere sein. Es ist aber von Bedeutung, dass man darüber zur Klarheit gelange. Die Bande entlässt aus sich nicht blos Einzelvorverständigungen, sondern auch solche Einzelthaten, die als Ausströmungen der Bande sich darstellen, hinsichtlich deren aber keinerlei specielle Vorverständigung stattgefunden hat. Es ist von Bedeutung, dass man die verbrecherische Genossenschaft in den Vordergrund, die Erzeugung von „Komplotten" als Zufälligkeit in den Hintergrund stelle.

Ist nun ein Verbrechen von einem oder mehreren Bandengenossen als solchem beziehungsweise solchen begangen, sei es versucht oder vollendet, worden — denn bis dies geschehen, ist die Bandenbildung lediglich eine allgemeine, auf ein bestimmtes Verbrechen nicht gerichtete, wenn gleich gemeingefährliche, Vorbereitungshandlung geblieben —, dann gilt es zu prüfen

1. den Thatantheil an der Ausführung des Verbrechens beziehungsweise die That jedes Betheiligten, und zwar nach denselben Grundsätzen wie sonst;
2. den Schuldantheil beziehungsweise die Schuld jedes Bandengenossen.
 a. Hier tritt zur Prämeditation, die meist schon aus der vorausgegangenen Einzelverständigung gefolgert werden kann, bei der nichtberedeten genossenschaftsmässigen Einzelthat aber immer erst besonders constatirt werden

muss, noch hinzu als straferhöhendes Moment beziehungsweise straferschwerendes (wo nämlich das positive Recht eine solche Qualification normirt): die Gewerbmässigkeit des Entschlusses und der That.

b. Die verbrecherische gegenseitige Einwirkung ist eine gesteigerte, wirksamere, grössere. Denn sie kettet durch das genossenschaftliche Band die Geister zusammen, und verleiht dem Widerstande wie Angriffe der Willen gegen die Rechtsordnung die grösstmögliche intensive Stärke, ähnlich der Phalanx jener an einander geketteten germanischen Krieger.

Aus diesem Grunde können auch solche Bandengenossen — nicht blos Bandenhäupter —, die bisher zur That nicht geschritten, denen sogar an dem vorliegenden Verbrechen keinerlei specielle Betheiligung nachweisbar ist, dennoch als geistige Helfer betheiligt erscheinen und einen Schuldantheil zu tragen haben. Denn sie waren noch während der That Mitgenossen der handelnden Bandeglieder, und somit geistig (bestärkend) betheiligt. Ich lege dabei auf den criminalpolitischen Gesichtspunct wenig Gewicht, dass auch bisher unthätige Genossen nicht bei ihrer Unthätigkeit sich beruhigen durften, sondern zur Lossagung von der Genossenschaft schreiten mussten. Ueberhaupt sind dergleichen Erwägungen der Criminalpolitik oft blosser doctrineller Nothbehelf, immer aber dem Rechtsgrunde unterzuordnen. Die verbrecherische Einwirkung eines jeden Genossen auf die Thäter hat durch deren That die Aussenwelt, und damit das Rechtsgebiet betreten. Diese Mitverantwortlichkeit und Mitschuld ist nach den Grundsätzen über geistige Hülfe (sogenannte intellectuelle Beihülfe) zu beurtheilen, aber mit dem straferhöhenden Character der Gewerbmässigkeit und Genossenschaftlichkeit dieser Hülfe.

A. M. Hälschner a. a. O. S. 427 ff. und

Berner a. a. O. S. 499.

Darüber freilich sollte es vieler Worte nicht bedürfen — s. dennoch die bei

Hälschner a. a. O. S. 430. Not. 21

Angeführten —, dass ein Mitthäter, Anstifter oder Helfer, der, ohne Bandengenoss zu sein oder dadurch zu werden, lediglich einem Einzelverbrechen von Bandegliedern sich zugesellt, nur als vorverständigter Mitthäter etc. (sogenannter Komplottant) oder gar nur als nichtvorverständigter (sogenannter zufälliger) Mitthäter, Helfer etc. erscheint. Denn es fehlt eben an jeglichem Merkmal der Bandengemässheit: an der

16

Gewerbmässigkeit und vor Allem an dem Bande der Genossenschaft. Auch das kann hieran nichts ändern, wenn jener extraneus die „Bandenqualität der anderen gewusst (rectius: gekannt) hat"

Temme, Lehrb. S. 935.

Oder wird er etwa dadurch in die Bande aufgenommen, Bandengenoss?

Unser Ergebniss ist, dass (mag eine specielle Vorverständigung ausserdem als Strafzumessungsgrund mitwirken, oder nicht) jedenfalls die „Bandenmässigkeit" des Verbrechens für jeden in obiger Weise Betheiligten einen straferhöhenden Zumessungsgrund — nicht einen „Erschwerungsgrund"

Berner a. a. O. —

bildet. Letzteres ist derselbe vielmehr nur da, wo das positive Strafgesetz die Bandenmässigkeit — dem Begriff, wenn gleich nicht dem Wort nach — bei einem einzelnen Verbrechen als wirkliche Qualification, etwa durch Aufstellung eines Bandendiebstahls oder Bandenraubes u. s. f., ausdrücklich anerkannt hat. So das

Preuss. St. G. B. im §. 218. 7) und §. 232. 2),

in welchen Gesetzstellen der Sinn der nicht glücklich gewählten Worte „zur fortgesetzten Verübung" niemals zweifelhaft sein konnte. Bei einer Revision des Gesetzbuchs werden sie allerdings etwa durch die deutlichere Fassung „zur wiederholten gewerbmässigen Verübung" zu ersetzen sein.

Als vorübergehende Bestimmung, wenn in einem Lande zeitweilig das Bandenwesen grassiren sollte, würde auch die vollkommen gerechtfertigt erscheinen, welche die blosse Bandenbildung an sich mit einer relativ bestimmten Strafe bedrohte, eine Bestimmung freilich, die den polizeilichen Character deutlich genug an der Stirn trägt.

Verwerflich dagegen, und heute allgemein verworfen, ist die obenerwähnte Ansicht von

Köstlin, Syst. §. 110. Vergl. das. S. 360. u. A.,

wonach für die blosse Bandenbildung „eine Versuchsstrafe anzusetzen" sein soll, „deren Mass aus dem Progamm der Bande durchschnittlich zu nehmen" wäre! Nicht einmal bei dem Komplott erschien uns jene Auffassung als stichhaltig. Wieviel weniger denn hier, wo ein concretes Verbrechen noch nicht einmal im Entschluss der Genossen Gestalt gewonnen hat. Trügen nicht alle Zeichen, so ist es ohnehin ein Zug der Zeit, den Begriff des Versuchs — unter Zurücksetzung des objectiven Moments im Verbrechen — über Gebühr und in bedenklicher Weise zu verflüchtigen. Wir sind wahrlich nicht in der Lage zu gestatten, dass derselbe vollends in Nebel zerfliesse.

II. Thäter und betheiligte Nichtthäter.

§. 41.

a. Anstifter und angestifteter Thäter.

Alle diejenigen an einem Verbrechen schuldhaft Betheiligten, welche Thäter nicht sind, nennt die neuere Gesetzgebung z. B. das Preussische St. G. B. bekanntlich „Theilnehmer". Wir wollen über die Bezeichnung nicht rechten. Es sei anerkannt, dass dieselbe dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauch gegenüber, mindestens zur Zeit noch, unbedenklich nicht ist, dass ferner auch das Preussische Gesetzbuch selbst in seinem Sprachgebrauch keineswegs consequent verfährt

vgl. John, Kritiken. S. 5 und 7.
s. auch §. 68. gegenw. Schrift.

Mag man jene Betheiligten vorzugsweise und technisch „Theilnehmer" nennen oder anders, uns interessirt hier lediglich die negative Seite der Frage, die unbestreitbare Thatsache, dass man endlich einmal ernstlich begonnen hat, dem Thäter alle anders Betheiligten — somit als Nichtthäter — gegenüberzustellen. Das positive Recht war stets diesen geraden Weg gegangen, bis die Irrlichter der neueren Doctrin es von demselben ablenkten. Zu den Belegen im Ersten Abschnitt gegenwärtigen Theils mag aus dem römischen Recht beispielsweise hingewiesen sein auf die klaren Worte in

L. 5. L. 6. D. de cond. furt. 13, 1.

Diese — soll ich sagen neuerwachende oder neuerwachte? — Erkenntniss ist von unschätzbarem Werth für die Begriffsbestimmung, namentlich aber für die Frage, den praktischen und legislativen Angelpunct unsres Vorwurfs: welches Verbrechen in concreto vorliege, welches Strafgesetz demnach ausschliesslich Anwendung leide. Und eben in dieser Richtung können wir das Verdienst der neuesten Preussischen Strafgesetzgebung nicht hoch genug anschlagen.

„Das Verbrechen des Thäters ist der Schwerpunct für die Verantwortlichkeit des Anstifters". So

Berner, Lehrb. §. 110. Vgl. Grunds. des Pr. Strafr. §. 30.

Und anderswo (am letztgen. O. §. 19.): „das Verbrechen oder Vergehen des Thäters wird zum Mittelpuncte der ganzen Beurtheilung. Um diesen Mittelpunct gruppiren sich die Theilnehmer" etc.

Ich lasse den Schwerpunct, den Mittelpunct bei seinem Werthe, behaupte aber die Wahrheit folgender Sätze, die m. E. deutlicher lauten:

Der Thäter, und nur der Thäter, bestimmt den Character der verbrecherischen That, niemals ein betheiligter Nichtthäter. Nach der That des Thäters beziehungsweise eines jeden Mitthäters bestimmt sich das Verbrechen und das auf alle schuldhaft Betheiligten (Nichtthäter) anwendbare Strafgesetz.

Nicht der Helfer, nicht der Anstifter begeht ein Verbrechen.

A. M. Hälschner, Syst. I. §. 89. S. 362:

– — „die Anstiftung giebt dem Anstifter die Möglichkeit vermittelst des Angestifteten ein Verbrechen zu begehen“ etc.

Nicht der Helfer, nicht der Anstifter bestimmt das begangene Verbrechen und das anwendbare Strafgesetz; sie sind eben Nichtthäter. Daraus folgt denn für den Verbrechensbegriff und das Strafgesetz Alles, für das Strafmass aber an sich — Nichts.

Wenn irgend etwas, so war jener moderne Pseudobegriff der „Miturheberschaft“ dazu angethan, den einfachen rechten Standpunct zu verrücken, die Grenzverwirrung zu verewigen. Als ob der Anstifter der eigentliche Verbrecher wäre, und das Werkzeug seiner Absicht der angestiftete Thäter — als ob dieser das Verbrechen nur wollte, weil jener es will! Das heisst offen gesprochen den Thäter zum Helfer umstempeln. Man ist in der That von dieser Folgerung nicht allzu weit entfernt gewesen.

Vgl. Berner, Theiln. S. 10.

Oder will man etwa sagen: der Anstifter ist die geistige, der angestiftete Thäter die körperliche Ursache des Verbrechens? Wo bleibt da des letzteren „Selbstbestimmung“! Als ob nicht „physische Urheberschaft“ überhaupt eine contradictio in adjecto wäre, ebenso gut wie „physische Thäterschaft“. Der lediglich physisch, körperlich Handelnde (?) ist überall nicht — Thäter.

Schon die Rechtssprache der Quellen musste jener Verdrehung der Begriffe warnend entgegentreten. Dem römischen Recht ist der Thäter reus principalis, reus schlechthin, factor, malefactor, qui fecit, suis manibus fecit. Man vergleiche die reichen Zeugnisse bei

Rein, Criminalr. der Römer. S. 184 ff.

Birnbaum, Archiv des Cr. R. N. F. (1842) S. 11. 17 ff.

Der Anstifter heisst gelegentlich auctor; sonst motor, suasor, impulsor, mandator, concitator, sollicitator, qui causam dat, cujus consilio, instinctu factum est,

Rein a. a. O. S. 190 ff.

Birnbaum a. a. O. S. 19 ff.

Nicht anders das Mittelalter (s. oben §§. 20—24). Und noch die P. G. O. unterscheidet vom Thäter oder Missethäter, der überall im Vordergrunde steht, nur gelegentlich den Helfer und den Anrichter, Ursacher, Besteller des Thäters.

Vgl. oben §§. 19. 25.

Selbst die Verführungstheorie Hälschners — eine wie tiefe (aber einseitige) Wahrheit ihr immer zugrunde liegt — kann irreleiten. Sie zeigt es schon dadurch, dass sie im Verführer die grössere Schuld finden will. Jedenfalls hat sie ihren Verfechter vor dem Alles vermengenden Urheberbegriff nicht bewahrt.

Die That also ist des Thäters, mag dieser sie auf eigene oder fremde Eingebung begangen haben. Denn er hat zur That sich selbst bestimmt. Die Mitschuld des Anstifters, der ihn bewegt, ihm wirksame verbrecherische Beweggründe dargeboten hat, kann den dadurch bewegten Selbstbestimmer von der Verantwortlichkeit sicherlich nicht befreien. Denn sein ist die That. — Natürlich denke ich mir den Anstifter lediglich als solchen; der also weder als Thäter noch als Helfer mitthätig gewesen. Mag derselbe immerhin moralisch verächtlicher erscheinen, schon darum, weil er geistig mitwirkend im Hintergrunde steht — begangen hat er die That nicht. Und das fällt rechtlich ins Gewicht.

Der correcte Standpunct ist demnach, dass man vom Thäter ausgeht, ein Ausgangspunct, dem kein Richter sich entziehen kann und darf. Hat man

1. des Thäters Sonderschuld bestimmt, dann erst steht zur Frage:
2. Inwieweit ist etwa auch ein Anstifter des Thäters betheiligt, mitschuldig?

Und endlich:

3. Wie bestimmt sich nunmehr der Mitschuldantheil eines jeden derselben, jenes Thäters, dieses Nichtthäters, im Verhältniss zu einander?

Folgt man diesem Fingerzeige der Quellen wie des gesunden Menschenverstandes, dann ist auch das allein vorliegende Verbrechen und das allein anwendbare Strafgesetz von vornherein gegeben, dann lässt sich ein eigenes Verbrechen des Anstifters d. h. ein anderes als das vom Thäter begangene, überall nicht construiren. Es sei denn, dass positives Gesetz, aus Gründen der Gemeingefährlichkeit entweder des gewählten Mittels oder des beabsichtigten Erfolges oder beider, die blosse Anstiftung im einzelnen Fall (gewisse Anreizungen oder Aufwiegelungen) zu einem Sonderverbrechen gestempelt hätte; wie die

P. G. O. im Art. 127. (s. oben §. 25.),

selbst dann, wenn dieselbe ohne Erfolg geblieben sein mag,

vgl. Preuss. St. G. B. §§. 36. 65. 87. 88. 100. (101.) 174.

Diese Ausnahmen eben stärken unsre Regel.

Um sofort meine Auffassung klar hinzustellen, hier nur ein „Schulbeispiel", das — wunderbar genug — verschieden beurtheilt worden ist. Doch nein; das Wunderbare schwindet, das Räthsel löst sich vollkommen, wenn man in der beklagenswerthen Theorie der „Miturheberschaft" den Schlüssel sucht. Der extraneus A hat den C ermordet; das Verbrechen ist einfacher Mord. Nun war A dazu gedungen vom B, dem Sohn des C. Der B hat Vatermord nicht begangen, denn er ist nicht Thäter, hat überhaupt kein Verbrechen begangen, also auch keinen Mord. Die That des Vatermordes liegt überall nicht vor, denn der Mörder (A) ist nicht Kind des Gemordeten. Aber B ist als Anstifter betheiligt an dem einfachen Morde des A, also mitschuldig. Und es bildet sein persönliches Verhältniss zu dem auf seinen Betrieb Ermordeten, die Kindeseigenschaft, für ihn einen erheblichen Straferhöhungsgrund innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens für „Theilnahme" an einfachem Mord.

Die Zufälligkeit, dass die ordentliche Strafe dieses Verbrechens eine absolut bestimmte sein mag, trägt principiell natürlich nichts aus, wie das sogleich folgende Beispiel zum Ueberfluss klar stellen wird. Bei dem Morde würde nach gemeinem Deutschen Recht nur der Thäter, nicht schon der Anstifter an sich der Todesstrafe verfallen sein. Es stände aber, da der Thäterdas anwendbare Strafgesetz für die betheiligten Nichtthäter bestimmt, Nichts im Wege, unsern Anstifter B jenes Straferhöhungsgrundes wegen ebenfalls zum Tode zu verurtheilen, obwohl er Thäter nicht ist.

Stiftet aber der Dienstbote B des C den extraneus A an, des ersteren Dienstherrn C zu bestehlen, dann ist einfacher Diebstahl begangen (nicht etwa Hausdiebstahl). Allein wer wollte anstehen, die Strafe des B wegen des Vertrauensbruchs, welcher in der Verletzung des hausgenossenschaftlichen Verhältnisses liegt, innerhalb des für Theilnahme am einfachen Diebstahl gestellten Strafrahmens etwa auf das Doppelte von dem Strafmass zu erhöhen, welches ihn getroffen hätte, wäre er ein Extraneus-Anstifter gewesen. Den Umständen nach k a n n seine Strafe sogar höher sich stellen, als die des Diebes A.

Nachstehende Erörterung wird nunmehr zuvörderst unsre Theorie von dem strafrechtlichen Wesen der Anstiftung, an sich wie im Verhältniss zur Thäterschaft entwickeln, sodann zeigen, zu welchen irrigen

Folgerungen, ausgehend von der sog. Urheberschaft, die herrschende Lehre gelangt ist.

§. 42.

Das Wesen der Anstiftung.

Anstifter im allgemeinen (weiteren) Sinn ist Derjenige, welcher in verbrecherischer Absicht durch geistige Einwirkung einen Anderen zu verbrecherischer Willensbestimmung und Thätigkeit bewegt (verleitet) hat.

Dieser weite Begriff befasst die Anstiftung zur Hülfe wie zur That, die lediglich Anstiftung sowohl wie die gemischte d. h. von Dem ausgehende, der daneben als Helfer oder Mitthäter auftritt.

Im besonderen (engeren) Verstande aber reden wir von Anstiftung, wenn

a. der Angestiftete eben zur Thäterschaft, nicht zu blosser Hülfe oder Vermittelung des Anstiftungswerkes, verleitet werden sollte und verleitet worden ist,

b. der Anstifter an der Thatausführung selbst sich nicht betheiligt hat.

Durch Ersteres wird dann vor der Hand ausgeschieden: die Anstiftung zur Hülfe und zur anstiftenden Zwischenhandlung, durch Letzteres die Anstiftung von Seiten eines Mitthäters oder Helfers. Doch würde auch im letztgenannten Fall strenge Sonderung der Anstifterqualität des Mitverbrechers von jenen anderen Qualitäten geboten sein. Jedenfalls steht an diesem Ort nur in Frage: die reine Anstiftung zu Thäterschaft.

Und kaum bedarf es der Vorbemerkung, dass ich von dem scheinbaren Anstifter, der in Wirklichkeit Alleinthäter ist, allganz absehen muss. Ich meine den Thäter, der durch einen blossen Scheinthäter, durch einen Unfreien, Willenlosen, Bewusstlosen, Getäuschten wie durch ein blosses Werkzeug selbst die That vollzieht (s. oben §. 34).

Unser Anstifter ist Nichtthäter, der einen Thäter zur That anstiftet. Folglich können wir das Wesen der Anstiftung nicht anders bestimmen, als durch Bestimmung seines Verhältnisses zum Angestifteten. Ist nachstehende Ausführung zutreffend — und ich hoffe davon zu überzeugen —, dann wird sich an derselben wiederum zeigen, wie die Concipienten des Preuss. St. G. B. in Fassung des § 34. 1) den richtigen Standpunct eingenommen haben, und dass auch

Berner, Grunds. des Preuss. Strafr. S. 26.
Vgl. Dessen Lehrb. §. 109 a. E.,

den Fusstapfen der Gesetzgebung nachgehend, dem Ziele hier näher gekommen ist, als zu einer Zeit, da er dem Leitstern des Schulbegriffs „Urheberschaft" folgte.

Die geistige Einwirkung des Anstifters besteht darin, dass er dem Anzustiftenden „wirksame Beweggründe" zur That bietet, damit dieser sich dieselben aneigne. Hat dies Bestreben Erfolg, schlägt die verbrecherische Aussaat Wurzel im Geiste des B, dann bewirkt der A, dass B ein eignes Motiv zum Verbrechen fasst, und einen eignen Zweck in sich setzt. Aus diesem Keim sprosst die verbrecherische Selbstbestimmung des Willens hervor, die eigne Absicht des B. Ohne eignes Motiv und eignen Zweck dagegen fehlt es für den B an jeglichem Anlass zur Bildung der eignen Absicht; der Wille, lediglich eine fremde verbrecherische und als solche erkannte Absicht zu verwirklichen — dieser Wille ist in dem freien, zurechnungsfähigen Menschen überhaupt undenkbar. Man stelle sich vor: B will ein Verbrechen begehen, nur weil der A es wünscht, lediglich aus den etwaigen Beweggründen dieses A, um dessen Zweck zu verwirklichen! Das setzt voraus, dass dem B die Verbrechenbegehung als solche eine Lust oder die Willfährigkeit gegen den geliebten A eine Befriedigung gewährt — also doch wiederum ein eignes Motiv. Nur aus eignen Beweggründen, zur Verwirklichung eigner Zwecke werden mit Bewusstsein Verbrechen begangen.

Ziehen wir mit veränderten Umständen ein früheres Beispiel (§. 39) heran. Der Kellner M will seinen Dienstherrn S nicht bestehlen, allein aus Rachsucht (Motiv) gegen diesen wünscht er, dass S bestohlen werde, damit dieser Verlust erleide und sich ärgere, und so seine, des M, Rachsucht Befriedigung finde (Zweck). Er stellt zu diesem Ende dem Freunde P vor: Du brauchst Geld zur Auswanderung; Dein Wunsch ist erfüllt, wenn Du den S bestiehlst. Die Absicht des M ist, den P zur Aneignung dieses Gedankens und zu dessen Ausführung zu bewegen, indem er des P Habsucht oder Geldbedürftigkeit in Bewegung setzt (wirksamer Beweggrund). Dass er diesem auch die Mittel und Wege angebe z. B. dort befindet sich die Kasse, zu jener Zeit ist dieselbe unverschlossen u. s. f., gehört nicht hierher. Das liegt bereits ausserhalb der blossen Anstiftung, innerhalb der geistigen Hülfe zur Ausführung

> vgl. Preuss. St. G. B. §. 34. 2) „— zur Begehung des Verbrechens Anleitung geben".

Im P findet die Aussaat des M den empfänglichen Boden vor: Habsucht und Geldnoth, als allgemeines Motiv oder Interesse d. h. die Möglichkeit, ein concretes Motiv zu gebären. Der P gestaltet den ver-

brecherischen Gedanken des M in sich zum speciellen Beweggrunde und Zweck, indem er die Verwirklichung seines Wunsches, die Befriedigung seines Bedürfnisses, in dem vorgeschlagenen Diebstahl sieht. Demgemäss fasst er aus eigenem Motiv zu eigenem Zweck die eigene Absicht: den S zu bestehlen. Zwar war nun die Einflüsterung des M der concrete Anlass für den P, allein insofern eine Zufälligkeit, als die in ihm aufgegangene Saat auch von ihm selbst rein aus sich heraus hätte herbeigeschafft werden können. Genug, er hat die fremde Absicht sich angeeignet.

Derselbe Hergang wiederholt sich in jedem Fall wirklicher Anstiftung. A (etwa aus Rach- oder Habsucht) dingt um Lohn den B zum Morde des C. Das allgemeine Motiv im B ist Habgier, vielleicht gar gewerbmässiger Betrieb des Lohnmordes als Broderwerb. Der gebotene Lohn lockt ihn zur concreten Befriedigung dieser Habgier; sein Zweck ist, den Lohn zu verdienen, das Mittel die Ausführung des Mordes an dem C. Nun fasst er die eigene Absicht, den C zu tödten, und macht sich an die Ausführung, wodurch seine Absicht zum Vorsatz im engeren Sinn, zum Hervortreten des Willens in die Aussenwelt sich gestaltet.

Die Selbstbestimmung des angestifteten Thäters durchläuft demnach folgende Stadien. In Anlass fremder Beeinflussung

1. Specialisirung des eigenen allgemeinen Motivs (Interesse) zum concreten Motiv und Zweck,
2. Gestaltung dieses Zwecks zur concreten verbrecherischen Willensrichtung (Entschluss), zur eigenen Absicht,
3. welche als concreter (eigener) Vorsatz zur That schreitet,
4. die Ausführung dieses Vorsatzes (Vollendung beziehungsweise Versuch des Verbrechens).

Ganz dem entsprechend hat sich nun im Vorwege die Anstiftung in folgenden Stadien vollzogen:

1. Vorhandensein des allgemeinen Motivs in dem A, woraus er ohne fremde (menschliche) Einwirkung, einen concreten Beweggrund und Zweck sich bildet, aber verbunden mit der Abneigung, selbst das Verbrechen zu begehen, oder dem Bewusstsein der Unthunlichkeit;
2. Gestaltung des Motivs und Zwecks zu der Absicht, einen Anderen, etwa den B, zur Verwirklichung zu bewegen, indem derselbe ein jenem Zwecke des A entsprechendes Verbrechen an dem C beginge;
3. Fortschreiten zum Vorsatz, den B dazu anzustiften, durch Be-

nutzung von dessen etwaigen Beweggründen und Zwecken („wirksame Beweggründe“);

4. Die Verwirklichung durch demgemässe Mittheilung an den B, welche Wirksamkeit dann entweder gelingt oder misslingt.

Die Begriffe: Versuch und Vollendung sind hier (d. h. im Gebiet der Anstiftung an sich) unanwendbar. Trügen nicht alle Zeichen, so wird in nächster Zukunft wenigstens dieser Grundsatz in Wissenschaft und Praxis, wie in der Gesetzgebung Bürgerrecht gewonnen haben. S. indess die abweichenden Ansichten bei

Geib, Lehrb. II. S. 347 ff.

Jene Begriffe beziehen sich zunächst nur auf die Begehung, die Ausführung des Verbrechens, also auf die Thäterschaft. Mit dem Versuche des angestifteten Thäters — wenn also dieser der Ausführung der Missethat selbst sich „untersteht“ (unterzieht)

P. G. O. Art. 178. vgl. Das. Art. 119. 176 —

betritt auch der von ihm abhängige Anstifter das Gebiet der strafrechtlichen Verantwortung. Das von diesem angestiftete Verbrechen ist nunmehr ein versuchtes, unterstandenes, angefangenes. Bis dahin schwebt der künftige Thäter noch im Stadium der Vorbereitung, und mit ihm sein Anstifter. Näheres darüber unten.

Wenden wir uns nunmehr, um die Schuld des Anstifters näher zu bestimmen, von der Totalbetrachtung des Wesens der Anstiftung zur Zergliederung dieser strafbaren Betheiligung, so muss dabei der einfachste Fall vorausgesetzt werden, der Fall, in welchem ein sog. „Excess“ des angestifteten Thäters ebensowenig vorliegt, wie eine Unbekanntschaft des Anstifters mit etwaigen relevanten Sondereigenschaften der That oder des Thäters.

I. Der Thatantheil des Anstifters ist und bleibt ein lediglich geistiger. Nur durch Anwendung solcher Kräfte hat er die Selbstbestimmung des Thäters bewirkt, indem er ihn durch erweckende — nicht blos stärkende — Einwirkung zu Entschluss und Ausführung bewegte. Ist dies nun in dem Masse gelungen, dass der Thäter zur Begehung geschritten ist, dann lebt in der That selbst und deren Erfolg auch seine vom Thäter angeeignete geistige Thätigkeit fort, wie die Aussaat im Getraide und dessen Frucht. Nehmen wir dies schon an, wo vom geistigen Helfer die Rede, umsomehr dann bei dem Anstifter. Allein eben dieser Thatantheil, da derselbe als mitbelebender Geist im Thatkörper verborgen dem Auge sich entzieht, und ebendarum äusserliche Schätzung nicht gestattet, geht von selbst über in

II. den Schuldantheil. Hier ist nun

1. die Willensbestimmung des Anstifters bald überlegter bald übereilter Vorsatz. Letzteres wird, weil seltener, von der Theorie kaum beachtet. Auch im raschen Entschluss, an der Schwelle der Thatausführung, kann der Anstifter die Anstiftungsabsicht fassen und ins Werk setzen, den Gegenwärtigen zum sofortigen Angriff treiben. Kein Richter wird die Berücksichtigung einer solchen Rapidität des Vorsatzes von sich ablehnen. Meist aber ist die Erweckung des Thäterentschlusses im Geist des Anstifters durch Erwägung, in geschiedenen Stadien (s. oben) vorbereitet und herangereift. Auch hier ist die eigentliche Vorverständigung mit dem Angestifteten, die der Thatausführung vorangehende planmässige Verständigung mit demselben, ein so unverwerfliches Kennzeichen der Ueberlegung, dass es weiterer Anzeige nicht bedürfen wird. Ist die Anstiftung von der Thatausführung durch einen längeren oder kürzeren Zeitabschnitt getrennt, dann liegt eben in der erfolgreichen Anstiftung einerseits — nämlich der Darbietung wirksamer Beweggründe und der Ueberredung —, und der entsprechenden Erklärung des Angestifteten andrerseits, die Verabredung des Verbrechens, auf welche unsre Lehre von der Vorverständigung (s. oben §. 38) vollkommen anwendbar erscheint; mag immerhin der Schulbegriff „Komplott", eine völlig grundlose Beschränkung des einfachen Begriffs Vorverständigung, von Manchem darauf nicht bezogen werden. Vielleicht will uns bereits Berner in der weiten Definition des Komplotts (Lehrb. §. 112) jene Concession machen, wenn er jede „der Ausführung vorangehende Verabredung eines Verbrechens" Komplott nennt.

2. Der Mitschuldantheil des Anstifters ist ein ganz besonders erheblicher. Denn der Ursprung der verbrecherischen That liegt in seinem Willen; er ist der Schöpfer, Erwecker des Thäterwillens, und somit geistiger Vater der That, princeps delicti im wahren Wortsinn (princeps i. e. primo capiens consilium), architectus, dux atque princeps sceleris

L. 10. D. de serv. corr. 11, 3.

Cicero pro Cluent. 22. in Verrem V. 16.

Sein nächstes Ziel erreicht er durch erweckende, man könnte sagen befruchtende, geistige Einwirkung. Die wirksamen Beweggründe, welche die neuere Gesetzgebung nach dem Vorbilde des Code pénal. art. 60 aufzählt, so das

Preuss. St. G. B. §. 34. 1),

konnten lediglich als Hauptbeispiele (vgl. die Worte „oder durch andere Mittel") gemeint sein. Nicht in erschöpfender Aufzählung — wann wäre sie erschöpft! —, in Anerkennung des Grundsatzes, dass

wirksame Beweggründe überhaupt dargeboten sein müssen, liegt das Verdienst dieses legislatorischen Ausspruchs.

Systematisch lassen sich die wirksamen Mittel der Anstiftung m. E. unter folgende Rubriken einreihen:

a. Materielle Vortheile beziehungsweise Nachtheile für den Anzustiftenden. Dahin gehören Geschenk und Belohnung mit sofortiger Vollziehung oder in Form des Versprechens, von Seiten des Anstifters; Bereicherung des Thäters durch die That oder aus der That; Bedrohung mit Vermögensnachtheilen durch eventuelle Handlung des Anstifters selbst, oder Vorhalt des Bevorstehens solcher Nachtheile für den Anzustiftenden, welche derselbe durch die That von sich abwenden kann.

b. Ideelle Vortheile beziehungsweise Nachtheile für den Anzustiftenden. So bei Aufstachelung der Feindseligkeit, Rachsucht, Eifersucht, Missgunst, Herrschsucht, Ehrsucht, Sinnlichkeit u. s. f. — Leidenschaften, die durch die That oder deren Erfolg ihre Befriedigung finden werden —; beziehungsweise Bedrohung mit Missbrauch von Ansehen oder Gewalt von Seiten des Anstifters selbst, oder Vorhalt anderswoher bevorstehender Nachtheile dieser Art für den Anzustiftenden, die derselbe durch die That von sich abwenden kann.

Lediglich eigner Vortheil oder Abwendung eignen Nachtheils ist eine „wirksame" Triebfeder, eine solche, die das zurechnungsfähige freie Individuum zu verbrecherischem Wollen und Handeln in Bewegung zu setzen vermag.

Hierauf, also auf den I n h a l t des Anstiftungsmittels, kommt es an, nicht auf dessen Form. Dadurch fällt der erfolglose — veraltete, aber immer von Neuem angefachte — Streit, ob Auftrag, Befehl, Rath u. s. w. genüge oder nicht genüge, in sich zusammen. Dieser Streit konnte unmöglich jemals zum Austrage gelangen, weil als Ausgangspunct irriger Weise die blosse Einkleidungsform der Anstiftung gedient hatte.

Dabei ist nun offenbar von untergeordneter Bedeutung, ob wahre oder unwahre Thatsachen als Beweggründe dem Anzustiftenden eingeflüstert werden, ob also dieser thatsächlich richtige oder irrige Motive sich aneignet. Ebenso, ob der Anstifter ihn wissentlich und absichtlich täuscht oder selbst im Irrthum befangen ist. „Der C, welcher dort vorübergeht, kehrt von einem Stelldichein mit Deiner Geliebten zurück; jetzt kannst Du ihn unschädlich machen", raunt A dem zur Eifersucht geneigten B zu. Möglich, dass es unwahr ist, möglich, dass A gar dies weiss und dem B eine Lüge auftischt, um den C zu verderben. Die

Anstiftung mag unter letzterer Voraussetzung immerhin niederträchtiger erscheinen. Aber im einen sogut wie im anderen Falle ist dem B ein wirksamer Beweggrund zum Mordanfall dargeboten: der Vortheil, sich von einem (wirklichen oder vermeintlichen) Nebenbuhler zu befreien, der Nachtheil, mit welchem Fortdauer der (wirklichen oder vermeintlichen) Bevorzugung des C ihn (den B) bedroht. Die That des Angestifteten, der den angeblichen Nebenbuhler erschlagen hat, ist im einen wie anderen Falle Mord beziehungsweise Todschlag.

Dass die Erweckung irrthümlicher Motive zur That, welche allein hierher gehört, mit den Fällen nicht verwechselt werden darf, in denen eine absichtliche Täuschung von solcher Beschaffenheit und Wirkung vorliegt, dass dem getäuschten Thäter das Verbrecherische seiner Handlungsweise überall zum Bewusstsein nicht gelangen soll und gelangt, oder, wie

Hälschner a. a. O. S. 349

sich ausdrückt, in denen „von einem Irrthum die Rede ist, welcher sich auf die zu verwirklichende verbrecherische Absicht des Anstifters“ bezieht“, versteht sich von selbst; z. B. A verleitet den kurzsichtigen B, auf einen angeblichen Pfahl sein Gewehr abzuschiessen, wohl wissend, dass jener dunkle Gegenstand der ihm (dem A) verhasste C ist. Mag die Tödtung für den B als fahrlässige oder als Zufall sich darstellen, immer ist der B zum Tödtungswillen überall nicht angestiftet worden. Der A hat den B gleich einem willenlosen Thatwerkzeuge benutzt, eine verbrecherische Absicht in ihm überall nicht erweckt, auch wohlweislich zu erwecken nicht unternommen. A ist hier Thäter des Mordes am C, gleich als wenn er selbst geschossen hätte (s. oben §. 34 und Anf. des gegenw. §.). So in jedem Falle, wo Irrthum oder Unwissenheit über Gegenstand oder Beschaffenheit der Handlung bei dem verleiteten scheinbaren Thäter Absicht und Vorsatz ausgeschlossen hat. —

Aus dem Verhältniss des Anstifters zum angestifteten Thäter folgt nun, dass

1. des letzteren Thatantheil der weitaus grössere ist. Das Verbrechen erscheint bei äusserlicher Betrachtung sogar als dessen alleinige That, die gesammte Ausführung als das Ergebniss seiner geistigen und körperlichen Kraftanwendung. Und mit Recht stellt man den Satz an die Spitze: das Verbrechen ist des Thäters That. Doch zeigten wir bereits, dass bei näherer Zurückführung der That auf deren Ursache, den Willen — die Operation der äusserlichen Zurechnung — dennoch die geistige Mitwirkung des anstiftenden Willens in der gesammten diesem

entsprechenden That beschlossen liegt, und bis zum Abschlusse fortwirkt.

2. Dagegen handelte der Thäter oft in übereiltem Vorsatz, während man den Anstifter in concreto des überlegten zeihen muss. Freilich können in ersterer oder letzterer Willensqualität auch Beide gleichstehen. Hier bildet auch wider den angestifteten Thäter die vorgängige Abrede mit dem Anstifter eine Anzeige des seinerseits überlegten Vorsatzes — eine Anzeige, die nur dann unsicher erscheint, wenn die Thatausführung der Vorverständigung auf dem Fusse gefolgt ist.

3. Der Mitschuldantheil des Angestifteten besteht im Sichanstiftenlassen. Wenn er für die erweckende Einwirkung des Anstifters empfänglich sich erweist, macht er der bestärkenden Rückeinwirkung auf den Anstifterwillen sich schuldig, indem er zu dessen intensiver Kräftigung und Fortdauer schuldhaft mitwirkt. Denn Erfolg steigert die Kraft auch des Anstifters, stählt diese zur Verfolgung des Sieges. Allein dieser Antheil des Thäters — um wieviel geringer ist derselbe nicht, verglichen mit dem des princeps sceleris!

So bestätigt sich wiederum der Grundsatz (s. oben §. 41. i. A.), dass wider den Thäter und wider dessen Anstifter hier ein schwereres, dort ein leichteres Gewicht in die Wagschale der Zurechnung fällt, dass demnach das Strafmass des Einen wie des Anderen nur im concreten Fall sich bestimmen lässt. Abstracte Gleichstellung Beider muss ebenso verwerflich erscheinen, wie abstracte Bevorzugung des Einen dem Anderen gegenüber, sei es des Thäters als eines Verführten — denn wie durfte er sich verführen lassen! und beging nicht er das Verbrechen? — sei es des Anstifters als eines blossen „Theilnehmers" — denn war nicht er Schöpfer, Vater des verbrecherischen Entschlusses? Vom objectiven Gesichtspunct müsste Jener, vom subjectiven vielleicht Dieser als der Strafwürdigere erscheinen, wäre nicht eben jegliche Trennung dieser Gesichtspuncte ein irreleitendes Bestreben, weil Einseitigkeit, und ein erfolgloses, weil Halbheit.

§. 43.

Anwendung auf besondere Fälle.

Immer setzten wir bisher das Gelingen der Anstiftung voraus Wie aber bei deren Misslingen? Dieser umfassenden Frage will ich nur wenige Worte widmen. Es hiesse Eulen nach Athen tragen, wollten

wir dieselbe casuistisch erschöpfen, nachdem sie noch neuerdings eine so treffliche und m. E. in allem Wesentlichen unwiderlegbare Erörterung bei

v. Bar, Versuch und Theiln. §§. 14—17

gefunden hat. Namentlich die sogenannte Anstiftung des alias facturus (bereits für sich Entschlossenen) scheint der Sache nach erledigt. Die Bezeichnung freilich ist mangelhaft, weil eine contradictio in adjecto enthaltend. Besser sagt man: das Anstiftungsunternehmen stösst auf einen bereits ganz oder halbwegs Entschlossenen. Ich schliesse mich vollständig dem Ergebniss an, dass je nach den concreten Umständen bald dennoch Anstiftung, bald Verwandlung in geistige Hülfe (Rathhülfe), bald endlich vollständige Erfolg- und Straflosigkeit anzunehmen ist (s. oben §. 19).

Dagegen unterscheide ich vom Misslingen im gewöhnlichen Verstande das Misslingen bei vermeintlichem Gelingen (putative Anstiftung).

a. Der Anzustiftende erklärt seine Ablehnung sofort oder nach ausbedungener Bedenkzeit. Bei abgeschlagenem Angriff wird der Unternehmer nicht „Anstifter"; seinem Wollen fehlt das Gelingen. Hier Versuch annehmen heisst, wie schon im vorigen §. sich ergab, diesem Begriffe Gewalt anthun. Die Thätigkeit des Anstiftenwollenden ist umsomehr eine blosse Vorbereitungshandlung zum intendirten Verbrechen, als dieser ja überall selbst thätig werden nicht wollte, lediglich um ein Subject (einen Thäter) für das von ihm gewünschte fremde Verbrechen, und zwar vergeblich, sich bemüht hat. Die Sache wird nicht anders dadurch, dass man das anzustiftende Individuum ein „Mittel" für den Anstifter nennt. Dann hat derselbe jedenfalls lediglich Mittel zur Ausführung gesucht und nicht einmal — gefunden.

b. Der Anzustiftende lässt sich nicht verleiten, verschweigt aber seine Ablehnung, erheuchelt sogar etwa Eingehen auf die Anstiftung, sei es um den Anstifter, wenn die That ausbleibt, zur eigenen Unternehmung schreiten und dabei ertappt zu sehen, sei es um lediglich die unternommene Anstiftung dem Bedrohten oder der Behörde zur Anzeige zu bringen, während der vermeintliche Anstifter in Siegeshoffnung sich wiegt. In jedem Fall steht die putative Anstiftung an sich der misslungenen gleichzuachten. Vor der Hand mag auf den oben (§. 19) erörterten Rechtsfall der

L. 20. C. de furt. 6, 2.

cf. §. 8. J. 4, 1.

zurückverwiesen sein. Wir werden unten (§. 51) Beispiele bringen,

die in dieser einen Richtung dem hier vorliegenden Falle ähnlich, im Uebrigen aber unähnlich sind, wo nämlich ein nichtangestifteter Helfer das Angestiftetsein erheuchelt, um den anstiftenden Thäter auf frischer That ertappen zu lassen.

Der leitende Grundsatz: die That des Thäters bestimmt das begangene Verbrechen, auch für den als Anstifter Betheiligten („Theilnehmer" im neueren Verstande) — dieser Grundsatz allein vermag eine Reihe von Fragen in das rechte Licht zu stellen, welche noch immer die Wissenschaft in Athem halten, über welche der Streit m. E. nimmer zum Austrage gelangen wird, so lange man mit der papiernen Waffe „Urheberschaft" sich herumschlägt.

1. Inwieweit sind die Erschwerungsgründe des Verbrechens in der Person nur des Anstifters auch dem Thäter, und umgekehrt die nur in der Person des Thäters vorhandenen auch dem Anstifter in Anrechnung zu bringen?

Dass dabei an höchstpersönliche Zumessungs-, Schärfungs- oder Milderungsgründe, welche mit der vorliegenden verbrecherischen That connex nicht sind, z. B. Rückfälligkeit, Jugend, frühere Bestrafung wegen ungleichartiger Vergehen, nicht gedacht wird, bedarf heute ebensowenig näherer Erörterung, wie unsre selbstverständliche Voraussetzung, dass die hier gemeinten Qualificationsgründe — ich nenne sie der Kürze halber die einseitig-connexen — des einen Theils diesem selbst wie auch dem anderen Theil in concreto bekannt waren. Unsre Entscheidung der Frage ist bereits mehrfach angedeutet worden.

Der Anstifter A war Sohn (Gatte) des Gemordeten; der Thäter B ein extraneus. Das Verbrechen ist einfacher Mord: für den A wirkt seine Sohnes- (Gatten-) Qualität straferhöhend; ebenso aber auch, wenn gleich in weit geringerem Grade, für den Thäter B der Umstand, dass er mit einem Sohne (Gatten) des Ermordeten geistig zusammenwirkte. Dieser Straferhöhungsgrund hat noch neuerdings in den Urtheilsgründen des Wiener Landesgerichts (Process Ebergenyi) volle Anerkennung gefunden, wenn es dort heisst, es komme für die E „erschwerend" in Betracht, dass der Mord an der Gattin des Mitschuldigen Chorinsky (Anstifter beziehungsweise geistiger Helfer) von ihr verübt wurde. — Ob der Strafrahmen für die Berücksichtigung dieses Erhöhungsgrundes Raum lässt, kann als Zufälligkeit uns natürlich nicht beirren.

Umgekehrt: der Anstifter A ist extraneus, der Thäter B Sohn des Gemordeten. Das Verbrechen ist Vatermord; für den A aber

kommt strafmindernd in Betracht, dass er, wenn gleich betheiligt am Vatermorde des angestifteten Thäters und dem für diesen anwendbaren Strafgesetz verfallen, selbst eben Sohn des Gemordeten nicht war. Ganz zweifellos wird dies, wenn wir den Fall gegenüberstellen, wo ein Sohn und Bruder den anderen zum Morde des Vaters Beider angestiftet hat. — Zu ganz anderem m. E. durchaus unhaltbarem Ergebniss gelangt mit Anderen

Berner, Grunds. §§. 37. 38. Lehrb. §. 110.

Die von ihm vorgeschlagene Nothhülfe: „Die intellectuelle Urheberschaft“ (in diesem Pseudobegriff steckt der Anlass zur irrigen Auffassung!) „hört auf (?); eine Beihülfe bleibt übrig“, hat auf den Beifall der Theorie und Praxis weder Aussicht noch Anspruch.

Ein anderes Schulbeispiel: Der Anstifter A, ein naher Verwandter der C, hat den extraneus B zur Unzucht mit der C verleitet. Die einfache (gemeine) Unzucht, die hier begangen ist, enthält nach neuerem gemeinen wie particulären Strafrecht kein Verbrechen oder Vergehen. Hat der Thäter B — und die C als Mitthäterin — ein Delict nicht begangen, so muss auch die Betheiligung des Anstifters A daran straflos bleiben, es sei denn, dass demselben das selbständige Vergehen der Kuppelei zur Last fiele. Wäre aber die Handlung des B ein Verbrechen, dann würde wider den A als Straferhöhungsgrund das verwandtschaftliche Verhältniss zur C allerdings in Betracht kommen. Von Incest (s. unten §. 60.) ist hier natürlich nicht die Rede, auch dann nicht, wenn A ein Bruder der C; denn A ist Thäter überall nicht.

Hat aber umgekehrt der extraneus A den nahen Verwandten B der C zur Unzucht mit dieser verleitet, und liegt hier etwa für den B (und die C) das Verbrechen der Blutschande vor, dann zieht der Umstand, dass er zum Incest (nicht zu blosser Unzucht) wissentlich angestiftet hat — wir müssen hier von der Frage der Kuppelei allganz absehen — den A unter das Strafgesetz des Incests, wenn gleich strafmindernd in Betracht kommt, dass er in dem verwandtschaftlichen Verhältniss zu den Mitthätern nicht stand. A ist weder Thäter noch „Urheber“ eines Incests, noch auch blosser Helfer zum Incest

Berner a. a. O.,

sondern als Anstifter dem Strafgesetz verfallen, welches wie für Thäter der Blutschande so auch für die daran als Nichtthäter, aber schuldhaft Betheiligten zur Anwendung gelangt.

Hierher kann auch der oben (§§. 39. 42.) mitgetheilte Rechtsfall gezogen werden, mit der Modification, dass der Dienstbote M auf An-

stiftung des extraneus P einen Hausdiebstahl begangen hätte. Dies bildet für den Anstifter P, obwohl derselbe nach dem für Hausdiebstahl geltenden Gesetze bestraft werden muss, einen mindernden Zumessungsgrund: dass er ein Hausgenosse des Bestohlenen nicht war. —

Auch darauf kommt gar nichts an — wie bereits die vorstehenden Rechtsfälle zur Genüge erweisen könnten — ob der Anstifter das fragliche Verbrechen in eigener Person hätte begehen, m. a. W. auch hätte Thäter sein können. Denn er ist ja eben nicht Thäter im vorliegenden Fall, sondern Anstifter eines fähigen Thäters. So in folgenden Fällen, die ohne Grund gleichfalls bestritten sind.

Der Nichtbeamte A, welcher einen Beamten B zu einem reinen Amtsvergehen anstiftet, ist als schuldhaft Betheiligter an diesem Verbrechen des Thäters, nämlich als Anstifter des letzteren eben zu dessen Verbrechen, dem Strafgesetz über das vorliegende Amtsverbrechen allerdings verfallen, welches Gesetz er als Thäter nicht hätte übertreten können. Eine Consequenz, die also aus allgemeinen Grundsätzen von selbst sich ergibt, und nunmehr auch gegen die auf irrigen Prämissen beruhende frühere Praxis

vgl. Beseler, Kommentar etc. S. 565 ff.

ausdrücklich anerkannt wird im

Preuss. St. G. B. §. 331. Al. 2.

Ganz ebenso in dem von

Hälschner, Syst. I. S. 367

angeführten Rechtsfall, wo ein Weib A (aus Rachsucht) den B zur Nothzuchtverübung an der C angestiftet hat. Thäterin konnte die A freilich nicht sein — auch ist es eine ganz irrige Fassung, wenn Hälschner a. a. O. behauptet, sie habe die Nothzucht „als intellectuelle Urheberin vollführt"! Nichts aber hinderte sie, als anstiftende Nichtthäterin dem Strafgesetz für Nothzucht anheimzufallen.

Schon das römische Recht hat unseren Grundsatz anerkannt. Weder der Gesetzgebung noch dem klaren praktischen Blick der prudentes konnte entgehen, dass auch Anstifter und Helfer zum parricidium, obgleich als extranei der Thäterschaft unfähig, der poena legis Pompejae de parricidiis verfallen seien.

L. 6. D. h. t. 48, 9. (Ulpian.) — — et ait Maecianus, etiam conscios eadem poena afficiendos, non solum parricidas; proinde conscii etiam extranei eadem poena afficiendi sunt.
Cf. L. 1. eod. verb.: — cujusve dolo malo id factum erit.
§. 6. J. de publ. judic. 4, 18: — nec non is, cujus dolo malo

id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, poena parricidii puniatur.

Zu beachten ist, dass die „eadem poena" der L. 6. l. — welche unserem Rechtsgefühl widersprechen mag, indem wir den extraneus mit geringerer Strafe zu belegen geneigt sind als den parricida, wenn gleich kraft desselben Strafgesetzes — einmal in dem §. 6. J. l. nicht ausdrücklich betont wird, sodann aber ihre genügende Erklärung schon darin findet, dass die Strafe der Lex Pompeja (poena culei) eine absolut bestimmte war. Nicht auf der Gleichheit des Strafmasses liegt das entscheidende Gewicht, sondern in dem Grundsatze: dem auf den Thäter anwendbaren Strafgesetz sind auch die betheiligten Nichtthäter verfallen, selbst dann wenn sie (als extranei) Thäter dieses speciellen Verbrechens nicht hätten sein können. —

2. Inwieweit sind die Milderungsgründe des Verbrechens in der Person nur des Anstifters auch dem Thäter, und umgekehrt die nur in der Person des Thäters vorhandenen auch dem Anstifter zuzurechnen?

Unsere Antwort ergibt sich theils aus dem zur Frage 1. theils aus dem oben (§. 39.) Bemerkten von selbst.

Die uneheliche Mutter A hat in oder gleich nach der Geburt den extraneus B zur vorsätzlichen Tödtung ihres Kindes angestiftet. Das Verbrechen des Thäters B ist gemeiner Mord. An diesem Verbrechen ist die A schuldhaft betheiligt; ein Kindesmord im technischen (strafmildernden) Sinn liegt überall nicht vor. Dennoch kann möglicherweise als strafmindernder Zumessungsgrund für die Mordanstifterin A in Betracht kommen: ihre hülflose Lage, die Sorge um die eigene und des Kindes Zukunft, der krankhaft erregte Zustand des Geistes und Körpers, mit Einem Wort die gesammte ratio, welche, wäre sie selbst Thäterin, in Gestalt des Kindesmordes in die Wagschale fallen würde — Minderungsgründe, die bei dem extraneus B nicht oder doch nicht in gleichem Masse zutreffen. Ich sage: möglicherweise; denn die concreten Umstände der Anstiftung können auch mit Bezug auf die uneheliche Mutter das Vorhandensein jener Strafminderungsgründe thatsächlich widerlegen.

Hat umgekehrt der extraneus B die A zur angegebenen Zeit zum Kindesmorde angestiftet, dann liegt die That des Kindesmordes vor, da die uneheliche Mutter Thäterin, und durch die Thäterin das Verbrechen bestimmt ist. Ob dieselbe aus eigener oder fremder Eingebung zur raschen That schreitet, ist offenbar unerheblich. Meiner Ansicht nach müsste nun der B auch hier als Anstifter zum Kindesmorde eben

diesem Strafgesetze der vorliegenden That verfallen sein, und innerhalb des für Kindesmord aufgestellten Strafrahmens lediglich der Umstand für den B straferhöhend in die Wagschale fallen, dass in seiner Person die mildernden Umstände nicht in gleichem Masse zutreffen, überdies meist überlegter Vorsatz constatirt sein wird. Hier befinde ich mich wie mit der Theorie so auch mit dem

Preuss. St. G. B. §. 180. Al. 2

in offenem Widerspruch. Ich halte die Bestimmung „— nimmt eine andere Person an dem Verbrechen des Kindesmordes Theil, so kommen gegen dieselbe die Bestimmungen über Mord oder Todtschlag, sowie über die Theilnahme an diesem Verbrechen zur Anwendung" für eine Inconsequenz, für eine Abweichung von dem gesunden Grundsatze desselben

St. G. B. in § 35. Al. 1. vergl. §. 34. 1),

die hinreichenden Grundes entbehrt. Die Inconsequenz wird noch augenfälliger, wenn man erwägt, dass in dem unmittelbar folgenden

§. 181. Al. 2. dess. St. G. B.

der Theilnehmer an der Kindesabtreibung (den Worten nach nicht blos der Mitthäter) derselben Strafe schuldig erklärt wird, wie die Schwangere selbst. Das Gesetzbuch fällt mit jener Schlussbestimmung des §. 180 in den — sonst sorgfältig vermiedenen — Selbstwiderspruch der herrschenden Theorie zurück, wonach der Nichtthäter dennoch Thäter eines eigenen Verbrechens, hier des gemeinen Mordes oder Todschlages, soll sein können! Oder ist er nur „Theilnehmer" an einem Morde etc.? Ich frage: wo ist dann der Thäter dieses Verbrechens? Doch genug. Die Lehre von der Hülfe wird uns auf diesen Punct zurückführen (s. unten §. 49).

3. Inwieweit ist auch der Anstifter dann straffrei, wenn für den Thäter eines Verbrechens nichtsdestoweniger nach positiver Rechtsregel ausnahmsweise Straflosigkeit angenommen werden muss?

Ich betrete hier ein gefährliches Gebiet, ein Gebiet, in dem ich nicht um einen Gegner — denn wir finden nur Gegner! —, vielmehr um einen Bundesgenossen in Verlegenheit gerathe. Bestimmen wir die Frage näher. Nicht ist die Rede von Fällen, in welchen der Thäter wegen Begnadigung, Verbrechensverjährung, Jugendlichkeit, juristischer oder factischer Unmöglichkeit der Strafzufügung, in concreto frei ausgeht,

vgl. Hälschner, Syst. I. S. 373.
Berner, Grunds. §. 30. Lehrb. §. 110.

Denn hier zweifelt Niemand, dass solche Umstände für den Anstifter Straflosigkeit begründen nicht können, wenn sie in seiner Person nicht ebenfalls zutreffen. Nicht die Rede ist ferner — was kaum der Bemerkung bedarf — vom Falle der Nothwehr, da hier nicht etwa ein Vergehen sondern rechtmässige Vertheidigung vorliegt, die Anstiftung dazu also gleichfalls als rechtmässig erscheint.

Nennen wir ohne Umschweif die wirklich gemeinten Fälle: die Anstiftung zum Selbstmord und zur Selbstverstümmelung, und die zu einer für den Thäter straflosen Entwendung (Diebstahl und Unterschlagung). Wenn ich die Behauptung aufstelle: dass die Straflosigkeit des Thäters hier nicht darauf beruht, dass derselbe kein Verbrechen begangen (denn ein solches liegt an und für sich vor), sondern auf ganz anderen und zwar criminalpolitischen Gründen, welche ungeachtet des vorliegenden Delicts lediglich Straflosigkeit für den Thäter herbeiführen, — dass für den Anstifter zu diesen Verbrechen aber die Straflosigkeit jeglichen Grundes entbehren würde — so weiss ich sehr wohl, wie ich damit der gemeinen Meinung den Handschuh hinwerfe. Die Anstiftung zu jenen Verbrechen — denn sie sind Verbrechen — ist keineswegs straflos, und zwar ebensowenig wie die dazu geleistete Hülfe.

Eben wegen des Zusammenhanges aber mit der Hülfe muss ich den Beweis für meine These an dieser Stelle noch schuldig bleiben, denselben vielmehr dem §. 48 gegenwärtiger Schrift vorbehalten. Bis dahin aber scheide ich von der Frage mit dem tröstlichen Bewusstsein, dass mir im ungleichen Kampfe dennoch einige keineswegs zu verachtende Alliirte zur Seite stehen, mag deren Beistand immerhin nur als theilweiser auftreten. Ganz abgesehen von der rechtsgeschichtlichen Entwickelung dieser Streitfrage

vgl. Geib, Lehrb. II. §. 88. S. 205 ff.

mag auf folgende Bestimmungen neuerer Gesetzbücher verwiesen sein:

Preuss. St. G. B. §. 228. Al. 2. Sächs. G. B. Art. 158. Bad. §. 208. Thüring. Art. 121. Braunschw. §§. 148. 158.

§. 44.

Fernere besondere Fälle und Fragen.

Mitanstifter eines Thäters oder mehrerer Mitthäter sind in uneigentlichem Sinne auch solche Personen, welche Jeder unabhängig vom Anderen, also ohne Verbindung unter einander, zu einem und demselben Verbrechen Jeder für sich Anstifter des oder der Thäter sein wollen. Aber werden sie es auch denkbarer Weise? Macht nicht die Prä-

vention des Einen die Anstiftung durch den Anderen unmöglich? Ohne Zweifel. Aber damit ist die Frage weder erschöpft noch abgethan. Nicht erschöpft; denn wenn dem Prävenirenden — nennen wir ihn den Ersten — die Anstiftung gelungen, dann ist zwar fernere Anstiftung durch den Zweiten ausgeschlossen, diesem gegenüber der bereits Angestiftete ein alias facturus; allein jener Zweite, seiner Absicht nach Anstifter, kann dem Erfolge nach als Bestärker des Thäterwillens, als geistiger Helfer erscheinen. Im Anstiftungswillen liegt als das minus der Bestärkungswille stets mitbeschlossen. Straft man nun den Ersten als Anstifter, den Zweiten als geistigen Helfer — Beide nach dem Strafgesetz des begangenen Verbrechens —, dann kommt für den Zweiten als Straferhöhungsgrund in Anschlag, dass er nicht blos bestärken sondern anstiften wollte, so dass sein Strafmass — ungeachtet des geringeren That- wie Mitschuldantheils vom objectiven Standpuncte — dennoch dem des Ersten sich annähern kann. Nicht abgethan ist die Frage mit jener vorläufigen Antwort. Denn wenn dem Ersten die Anstiftung nur zum Theil gelungen, zum Theil aber misslungen war, wurde das Angestiftetsein des Thäters oft durch den Zweiten ergänzt. Die Sache ist so klar, dass wir der Casuistik entrathen können. Hier ist Beiden als Anstiftern die That zurechenbar, und das Strafmass bestimmt sich nicht etwa nach der Prävention, sondern nach dem concreten That- und Schuldantheil eines Jeden. Wie aber, wenn der noch schwankende Thäter auf die zweite Anstiftung hin von der ersten nur halbwegs gelungenen gänzlich absieht? Wird dadurch das erste Anstiftungsunternehmen ein vollkommen misslungenes (der erste Anstifter also straffrei), oder in eine geistige Hülfe, eine Bestärkung verwandelt? Ich meine, dies ist schlechthin quaestio facti. Zwar das steht ausser Zweifel, dass zuvörderst der im Gefolge der zweiten Anstiftung erfolgten ausdrücklichen Ablehnung dem ersten Anstifter gegenüber eine Anzeige für totales Misslingen entnommen werden kann, dass ferner eine vorgängige Bestärkung oder geistige Hülfe ein logisches Unding genannt werden muss. Allein fortwirken kann ohne Zweifel die erste von keiner Seite aufgelöste Anstiftung nach dem Gelingen der zweiten, und zwar nunmehr als geistige Hülfe oder Bestärkung. Die Thatumstände müssen ergeben, ob die verbrecherische Aussaat des A auch nach der gelungenen Anstiftung durch den B in dem Thäter C und dessen That fortgewuchert hat.

Im eigentlichen Verstande aber sind nur diejenigen Anstifter als Mitanstifter zu bezeichnen, welche in Verbindung mit (nicht unabhängig von) einander den verbrecherischen Thäterwillen und

dessen Wirkung, die That absichtlich ins Leben gerufen haben. Sei es dass vorgängige Abrede (Vorverständigung) zur gemeinsamen Anstiftung stattgefunden, sei es dass die gemeinsame Mitanstiftung unmittelbar auf der Schwelle der That sich gebildet hat (incidente oder coincidente Mitanstiftung, im Gegensatz zur vorverständigten). Dabei kann dann auch der angestiftete Thäter zur Vorverständigung mit herangezogen worden sein oder nicht. Wie die leitenden von mir aufgestellten Grundsätze auf diese unter sich verschiedenen Fälle anzuwenden sind, das bedarf hier keiner Erörterung im Einzelnen. Der That-, Schuld- und Mitschuldantheil eines Jeden ergibt sich in concreto durch genaue Prüfung seiner Betheiligung an der etwaigen Vorverständigung, der Ueberlegtheit seines Entschlusses und Handelns, der mehr oder weniger starken und wirksamen Einwirkung auf die Anstiftungsgenossen und auf den angestifteten Thäter.

Hat man die wirklich geltenden Grundsätze zur festen Theorie gestaltet, dann bietet deren Durchführung im Einzelnen für die wissenschaftliche Betrachtung nur geringes Interesse, ein um so höheres aber für die Praxis, welche ausgerüstet mit dem leitenden Faden durch das Labyrinth der concreten Combination sich hindurchzuwinden hat. So stellt unter eigentlichen Mitanstiftern meist der eine wiederum als Anstifter seiner Anstiftungsgenossen (im Verhältniss zum dritten Thäter) sich dar, z. B. A beredet den B und den C, mit ihm gemeinsam den D zum Lohnmorde am X zu dingen. A ist hier Anstifter des B und C; alle drei zusammen sind sodann Mitanstifter des D. So ergibt sich ferner nicht selten eine successive Anstiftung, oder, wie

Berner, Grunds. §. 29. a. E.

sie bezeichnet, die durch eine angestiftete und wiederum anstiftende „Zwischenperson" erfolgende. A hat den B überredet oder dazu gedungen, dass dieser den C zur Ermordung des X überreden oder dingen soll. Allein eben dieser Fall verleitet Berner a. a. O. zu offenbarem Fehlschluss:

> „Es sind dann zwei nach einander auftretende Anstifter zu strafen". Ganz richtig. Daraus aber soll folgen: „Sie sind beide für das vom Thäter verübte Verbrechen ganz ebenso verantwortlich, wie es zwei neben einander auftretende Anstifter sein würden". Vgl. auch Berner, Lehrb. §. 109.

Also darauf soll nichts ankommen, dass A, und nicht die „Zwischenperson" B, geistiger Vater des Verbrechens, Schöpfer des verbrecherischen Gedankens gewesen! Und doch hat mit Anderen auch Berner so scharf wie möglich die grössere Schuld und Strafwürdigkeit des sogenannten

Komplottstifters, namentlich auch desjenigen Mitanstifters, der wiederum Anstifter seiner Genossen gewesen, hervorgehoben. Es versteht sich in der That ganz von selbst, dass die erste auf die Zwischenperson wirkende Anstiftung, als Quelle des gesammten fortströmenden bösen Entschlusses, mit besonderer Schwere in die Wagschale des A fallen muss. S. auch

Hälschner, Syst. I. §. 95. —

Wir sahen oben, dass gewollte Anstiftung in das minus der geistigen Hülfe sich umwandeln kann. Dies drängt zu der Frage: Ob auch umgekehrt der seiner Absicht nach geistige Helfer des Thäters ohne neuen Entschluss in einen Anstifter sich verwandeln könne. Man wird auf den ersten Blick zur Verneinung geneigt sein, weil ein minus eben das plus nicht enthalte, weil vom minus auf das majus ein Schluss nicht zulässig sei. A, in der Meinung dass der B zur Ausführung eines Verbrechens bereits halbentschlossen sei, aber noch schwanke, redet in dieser Voraussetzung dem B zu, indem er ihm die Vortheile der That auseinandersetzt. Nachdem B das Verbrechen verübt und den A als seinen Anstifter genannt hat, ergibt sich, dass jene Meinung des A eine irrige gewesen, dass vielmehr allererst sein Zureden in dem B den Entschluss erweckt hat. — Bei näherer Betrachtung stellt sich die Sache je nach Umständen durchaus verschieden. Nehmen wir an, dass A zwar den Anstifterwillen gehabt, befangen in jener irrigen Meinung aber natürlich nur eine Bestärkung principaliter beabsichtigt hat, eben weil und nur weil Anstiftung eines bereits Entschlossenen ein Unding ist. Dann dürfen wir sagen: er hatte auch den eventuellen Anstiftungswillen, und dieser hat in concreto sich verwirklicht, nicht der principale Bestärkungswille. Bedürfte es der Analogie, so läge die des Falles nahe, wo Jemand wünschend eine gefundene Sache als res nullius zu occupiren, dieselbe für eine verlorne gehalten und demgemäss für den etwaigen Eigenthümer in Gewahrsam genommen hat, es sich aber herausstellt, dass die Sache derelinquirt war. Ich wenigstens stehe keinen Augenblick an, hier den eventuellen Bemächtigungswillen als vollkommen wirksam, und zwar den Eigenthumserwerb des Finders als schon damals eingetreten anzusehen. — Fehlt es dagegen an genügendem Anhalt für obige Annahme, dann werden wir den scheinbaren Anstiftungserfolg auf den Willen des A zurückführen nicht können. Es wird dann der Thäter B gleichwie durch eine zufällige Einwirkung der willenlosen Aussenwelt zur Selbstbestimmung angeregt worden sein, und dem A lediglich die geistige Hülfe, welche er wollte und jedenfalls geleistet hat, zur Schuld zuge-

rechnet werden; umsomehr, als von fahrlässiger Anstiftung nur in ganz uneigentlichem Verstande die Rede sein kann.

Vgl. u. A. Berner, Theiln. S. 270 ff.

Köstlin, N. Revis. §. 141. — Syst. S. 304. —

Unter den vielfachen Streitfragen in dieser Lehre, wie dieselben mit grosser Vollständigkeit zusammenstellt

Geib, Lehrb. II. §§. 106. 107,

mögte ich in Anknüpfung an einen neueren Rechtsfall hier nur eine hervorheben, in welcher das letzte Wort noch nicht gesprochen sein dürfte:

Wie stellt sich die Schuld des Anstifters, wenn der Angestiftete im Gegenstande des Verbrechens sich vergreift, die That also an einem anderen als dem vom Anstifter bezeichneten Thatobjecte verübt hat?

Die Frage hat namentlich im letzten Jahrzehent, angeregt durch den celebren Fall: Rose und Rosahl, überaus eingängliche Erörterungen hervorgerufen, s. die Literatur bei

Geib a. a. O. S. 349

insbesondere die lichtvolle Schrift von

Boehlau, Der Criminalprocess Rose und Rosahl. (1859),

deren Ergebnissen ich freilich, wie nachstehende Darstellung zeigen wird, beizustimmen nicht vermag. Vgl. nunmehr auch

Hälschner, Syst. II. S. 98 ff.

Leider lag nur allzu oft der unheilvolle Urheberbegriff wie ein Alp auf den Streitenden. Vielleicht wird es mir eben darum gelingen, einiges Licht hineinzubringen, weil ich jenen Krankheitsstoff auszurotten gesucht habe.

Der Katheneigner A zu X verfällt in Anlass bedrängter Lage auf den Gedanken seine Kathe niederzubrennen, theils um für die Assecuranzsumme das Haus wiederaufbauen und dann mit Vortheil veräussern zu können, theils um in den Besitz der Versicherungssumme für sein mangelhaftes Inventar und Hausgeräth zu gelangen, getraut sich aber nicht selbst zur That zu schreiten. In einer zwei Meilen weit von X entlegenen Stadt F trifft er einen alten Bekannten, den soeben aus dem Zuchthause entlassenen B. Diesen überredet er, namentlich durch Versprechen einer Geldsumme, noch am selbigen Abend sich zum Dorfe X hinauszubegeben, und dort seine (des A) Kathe in Brand zu stecken, deren Belegenheit er dem mit der Oertlichkeit ganz unbekannten B wiederholt und so genau wie möglich beschreibt. A bleibt in der Stadt F zurück. Der B hat auch wirklich eine der Beschreibung

entsprechende, augenblicklich von Bewohnern verlassene Kathe, nahe dem Dorfe X, aufgefunden und angezündet. Das abgebrannte Haus war aber nicht das des A, sondern ein demselben gegenüberliegendes, welches dem abwesenden Käthner Z gehörte.

Nach der Ansicht des Preuss. Obertribunals

s. Goltdammer, Archiv für Preuss. Strafr. VII. S. 322 ff.
Hälschner, Ebendas. S. 433 ff.
Berner, Grunds. §. 33. verb.

„Will der Angestiftete die ihm aufgetragene Tödtung verüben, er irrt aber im Objecte und trifft statt des A den B, so wird nicht nur er selbst, sondern auch der Anstifter wegen vollendeten Mordes gestraft" etc. —

muss in unserm Fall sowohl A als B der vollendeten vorsätzlichen Brandstiftung schuldig sein, und z. B. nach dem

Preuss. St. G. B. §. 285

mit dem Tode bestraft werden. Man argumentirt im Wesentlichen so: Hätte A selbst die That begangen, und im Objecte sich vergriffen, dann wäre er nichtsdestoweniger der vollendeten vorsätzlichen Brandstiftung schuldig. Es kann nun für ihn keinen Unterschied machen, dass er nicht eigener Hand und eigenen Auges, sondern der Hand und des Auges des Angestifteten sich bedient hat. Dieser war sein Zündmaterial (Berner a. a. O. „das Mordgeschoss des Anstifters war der Angestiftete"). Wer des fremden Arms und Auges sich bedient, kann unmöglich verlangen, dass diese unfehlbar seien. Jeder Verbrecher muss die Ergebnisse seiner Geschicklichkeit oder Ungeschicklichkeit verantworten, mag er eigene oder fremde Kräfte verwenden. Folglich ist A hier so zu beurtheilen, als wenn er selbst im Objecte sich vergriffen hätte. Er sogut wie der B ist vorsätzlicher Brandstiftung am Hause des Z schuldig.

Diese Deduction, auf den ersten Blick vielleicht bestechend, besteht aus einer Reihe von falschen Sätzen, die um den Grundirrthum der „Urheberschaft" sich drehen.

a. Der Angestiftete B ist nicht „Werkzeug", Arm, Hand, Auge, Zündmaterial des A, sondern eben der alleinige Thäter. Dieser Thäter hat im Gegenstande sich vergriffen, was ihn von der Thäterschaft eines vollendeten vorsätzlichen Verbrechens an dem wirklich betroffenen Gegenstande nicht befreit. Bei dem Anstifter des Thäters, bei dem A, aber lag ein error in objecto überall nicht vor.

b. Die Frage ist also nur diese: Trifft auch den Anstifter des

Thäters die volle Verantwortlichkeit, wenn nicht er sondern der Angestiftete im Gegenstande sich vergreift?

Ich stehe nicht an, diese Frage mit Nein zu beantworten. Die Absicht des A war auf das Haus des Z überall nicht gerichtet, sondern auf das eigene Haus. Er wollte nicht, dass irgendwelches Haus niedergebrannt würde, sondern lediglich sein eigenes. Dies aber steht unversehrt. Wer den Tod des X beabsichtigt, will nicht den Tod des Z. Freilich, wenn er nun selbst (als Thäter) den Z mit dem X verwechselt hätte, dann hätte er jedenfalls, wenn gleich durch Irrthum veranlasst, diesen vor ihm stehenden Menschen tödten gewollt. Dies trifft aber in unserm Fall eben bei dem B zu, in keiner Weise bei dem A.

Während hier bei dem Thäter (B) ein error in objecto vorlag, fand vielmehr für den Anstifter (A) eine aberratio delicti statt. Damit ist der Kern der ganzen Frage (und zugleich der auffällige Fehlschluss jener Argumentation) gekennzeichnet. Die vom A angestiftete That des B ist für den A abgeirrt, fehlgegangen. Bekanntlich aber gelten ganz andere Grundsätze für

1. die Abirrung der That, als für den davon ganz und gar verschiedenen
2. Irrthum im Gegenstande der That (error in objecto).

Ad 1. A will den X erschiessen, verfehlt diesen, und trifft den nichtgemeinten Z. So hier: Der A will, dass sein Haus (X) angezündet werde; dieses wird verfehlt, und das Haus des Z ist eingeäschert worden.

Ad 2. B will den X erschiessen, hält den Z für den X, und erschiesst den Z. Jedenfalls wollte er im Augenblick der That diesen vor ihm stehenden Menschen tödten; es war dies aber der Z (nicht, wie vollkommen irreleitend

Berner, Grunds. §. 94

sich ausdrückt, hiess er lediglich „Kunz anstatt Hinz“!). Freilich war es nicht der Beabsichtigte vor der That; in der That aber ging die Absicht auf diesen wirklich getödteten Z. So hier auf Seiten des angestifteten Thäters B: er wollte, wenn gleich durch Irrthum veranlasst, im Augenblick der That doch eben dieses (eingeäscherte) Haus in Brand stecken.

Die Schuld des A ist also einzig und allein nach den Grundsätzen über Abirrung der That zu beurtheilen. War seine Anstiftungsabsicht auf das Haus des Z überall nicht gerichtet, so kann er auch als vorsätzlicher Anstifter dieses vollendeten Verbrechens nie

und nimmer angesehen werden. Zur Frage steht nur, ob dieser Erfolg ihm zur culpa zugerechnet werden kann, und zwar — da er an der That des B als Anstifter nicht betheiligt ist — als selbständiges Vergehen.

Fassen wir die Frage so: Ist A der fahrlässigen Brandstiftung am Hause des Z schuldig? Ich bejahe die Frage, und würde z. B. im Preussischen Rechtsgebiete den

> §. 288. des St. G. B.
>
> „Wer durch Fahrlässigkeit einen Brand der in den §§. 285 etc. erwähnten Art verursacht, wird mit Gefängniss bis zu sechs Monaten bestraft"

auf den A zur Anwendung bringen. Gleichviel, ob durch eigene oder durch fremde Ausführung eine aberratio delicti stattgefunden, wenn dieselbe nur durch Fahrlässigkeit verursacht worden, hat der Ursacher des rechtswidrigen Erfolges denselben zu verantworten. Ihn trifft die Strafe für Fahrlässigkeit — wo diese überall bestraft wird, und hier ist das unzweifelhaft, gleichwie bei der Tödtung.

So hinsichtlich der wirklich verübten That. Wie aber steht es mit dem beabsichtigten nichtverübten Verbrechen? Der A beabsichtigte die Anzündung seines eigenen Hauses durch den B. Dies Verbrechen ist nicht verübt, wenigstens nicht vollendet worden. Wurde es aber versucht? Es hiesse in der That dem Begriff des Versuchs Gewalt anthun — mag man übrigens diesen Begriff dem modernen Zuge folgend mehr subjectiv oder nach älterer Auffassung überwiegend objectiv abgrenzen —, wollte Jemand behaupten: der Thäter (Brandstifter) B habe dadurch, dass er das Haus des Z anzündete in der Meinung es sei das des A, den Versuch der Brandstiftung am letzteren begangen. Zwar „scheinliche Werke" liegen vor; aber sicherlich nicht solche, die an einem anderen Object als dem betroffenen zur Ausführung dienlich sein konnten (beziehungsweise sollten), weder objectiv noch subjectiv dienlich. Wer den X mit dem Y verwechselnd, den X tödtet, hat etwa der versucht (sich unterstanden) den Y umzubringen? Ebensowenig kann von einem „Anfang der Ausführung" im Sinne der neueren Gesetzbücher, hier also vom Anfange der Brandstiftung am Hause des A überall die Rede sein. Oder wollte man etwa dies als hinreichenden Anfang der Ausführung betrachten, dass B sich thatsächlich so lange auf dem Wege zum Hause des A befand, bis er rechts anstatt links vom Wege abbiegend eine der Absicht des Anstifters entgegengesetzte Richtung einschlug? Nun, dann ist nicht blos die dienliche Vorbe-

reitungshandlung (!) bereits ein Versuch, sondern obendrein die undienliche! — Nach unserer Ansicht also —

s. auch mit vielen A. Berner, Theiln. S. 308 ff.
Ders. Lehrb. §. 110. Grunds. §. 32.
v. Bar a. a. O. §§. 14 ff. —

welche die Strafbarkeit des Anstifters erst mit dem Versuche der That durch den angestifteten Thäter beginnen lässt, ist hier, wo ein Versuch seitens des B überall nicht stattgefunden hat, eine Strafbarkeit des A hinsichtlich des beabsichtigten aber überall nicht verübten — weder versuchten noch vollendeten — Verbrechens nicht anzunehmen.

Wie aber entscheiden die zahlreichen Schriftsteller

s. Geib a. a. O. S. 347.

welche den Anstifter, dem die Anstiftung misslingt, des (nichtbeendigten) Versuchs des Verbrechens schuldig erklären? Lassen wir unerörtert, dass dieser Auffassung bereits vielfach, neuerdings wieder von

v. Bar a. a. A. S. 48 ff.

ganz erhebliche innere Widersprüche nachgewiesen worden sind. Hier jedenfalls war die Anstiftung als solche gelungen, nur wegen Abirrung der That erfolglos geblieben. Diesen Fall aber lässt man in der allgemeinen Darstellung der „intellectuellen Urheberschaft" meist ganz unerörtert. Ich meine, dass einfache Consequenz jene Ansicht zu dem Schluss nöthigt: Enthält die misslungene Anstiftung — sei es, dass der Anzustiftende die Anstiftung ablehnte oder nur scheinbar sich bestimmen liess, sei es, dass derselbe ohnehin bereits entschlossen war (alias facturus) — einen Versuch des Verbrechens, dann muss umsomehr die gelungene, aber aus irgendwelcher (nicht im Rücktritt des Anstifters begründeten) Ursache ohne jeglichen Erfolg gebliebene als Versuch des Verbrechens dem Anstifter zugerechnet werden. Dann muss man so fortschreiten: Dieser Versuch des Anstifters ist ein entfernter, jedenfalls unbeendigter — natürlich nicht der Anstiftung (denn diese war ja so zu sagen vollendet), sondern — des beabsichtigten aber unterbliebenen Verbrechens selber. Also: misslungene und gelungene Anstiftung stehen insofern auf gleicher Stufe; immer liegt unbeendigter Versuch des beabsichtigten Verbrechens vor. Wie aber dann, wenn die gelungene Anstiftung Erfolg hat, der Angestiftete aber nur zum entfernten, unbeendigten Versuche selbst gediehen ist? Nun, dann schreitet der Versuch für den Anstifter, und nur für diesen, selbstverständlich um eine Stufe fort; derselbe wird naher, etwa beendigter Versuch. Und dennoch ist die That auf einer tieferen Stufe stehen geblieben! Rufen wir dieser Entwickelung ein Halt entgegen. Die Verwirrung ist in der That

augenfällig genug; sie ist unentwirrbar. Entweichen wir dem Labyrinth bei Zeiten. —

Ich gelangte zu dem Ergebniss, dass dem A nicht Versuch des beabsichtigten aber allganz unterbliebenen Verbrechens, sondern lediglich das selbständige Vergehen zur Last fällt: durch Fahrlässigkeit — gleichwie in anderen Fällen der Abirrung — die Brandstiftung am Hause des Z „verursacht" zu haben.

Aber ist das nicht schreiende Ungerechtigkeit oder Unbilligkeit? Den B trifft die schwere Strafe (Todesstrafe) der vorsätzlichen Brandstiftung, den Anstifter A lediglich eine mehrmonatliche Gefängnissstrafe! Ich könnte erwidern: Gewissensscrupel, moralisches Bedenken komme auf dem Gebiet des positiven Rechts nicht in Betracht. Aber damit lässt das Rechtsgefühl des Volks sich nicht abspeisen. Ich räume willig ein, dass für die Gesetzgebung Anlass genug sich bietet für Fälle solcher Art die Vorbereitungshandlung, namentlich eben die misslungene und die gelungene aber erfolglos gebliebene Anstiftung zum Sondervergehen zu stempeln und mit angemessener Strafe zu belegen,

vgl. das Baier. G. B. von 1861. Art. 56. 57.

Ueberhaupt ist, wir wiederholen es, in dieser Frage das letzte Wort noch nicht gesprochen. Aber mit der undurchführbaren Versuchtheorie einerseits und mit der Urheberschaft des Anstifters andrerseits bleibe man daheim.

§. 45.

Rückblick auf die herrschende Lehre.

Zum Schluss eilend, will ich nur noch zeigen, wie unsre Theorie zu ganz abweichenden Ergebnissen gelangen musste, verglichen mit den Hauptsätzen der noch heute ungeachtet aller Bestrittenheit im Einzelnen herrschenden Lehre. Je hervorragender unter den heutigen Strafrechtslehrern Hälschner dasteht, und je ausführlicher seine Entwickelung der allgemeinen Grundsätze uns vorliegt, um so näher liegt die Versuchung, eben an den Kernpuncten seiner Theorie von der „intellectuellen Urheberschaft" darzulegen, wie alle diese Glaubenssätze ernstlicher Prüfung Stand zu halten nicht vermögen, wie die Lehre von der Anstiftung als reines Gold aus den Schlacken hervortreten nicht wird, ehe und bevor man der gesammten Urheberschafts-Theorie den Garaus wird gemacht haben. Statt Aller halte ich mich also im Folgenden an die Hauptsätze von

Hälschner, Syst. I. §§. 86—90.

als an ebensoviele Thesen, die ich sammt und sonders verwerfen muss.

1. „Die verbrecherische That hat ihrem ganzen Umfange nach in der Willensthätigkeit des Anstifters ihren Grund.“ (H. §. 86. S. 341.)

Keineswegs. Der Thäter ist es, der zur That — wenn gleich auf fremde Eingebung — sich selbst bestimmt, der That seinen Stempel aufgedrückt hat. Das Verbrechen und das anwendbare Strafgesetz bestimmt sich einzig und allein nach der That des Thäters.

2. „Der Angestiftete wird, in der Art des Gehülfen (!), für die Verwirklichung der Absicht des Anstifters thätig.“ (H. §. 86. S. 341.)

Nichts weniger als dies. Vielmehr primo loco für die Verwirklichung seiner eigenen Absicht. Seine eigene Rachsucht, Ehrsucht, Eifersucht, Missgunst, Habgier u. s. f. will er befriedigen. Aus dieser Wurzel sprosst die eigene Absicht hervor; nur daneben lebt in seiner That auch die Absicht des Anstifters fort, dessen Motive ihm nicht selten sogar gänzlich verborgen bleiben. Nur scheinbar ist es anders bei dem gedungenen Thäter (Lohnmörder, Lohnbrandstifter etc.). Auch hier gebiert die Habsucht den eigenen verbrecherischen Entschluss und dessen Ausführung.

3. „Die Anstiftung gibt dem Anstifter die Möglichkeit, vermittelst des Angestifteten ein Verbrechen zu begehen.“ (H. §. 89. S. 362.)

Der Anstifter begeht überall kein Verbrechen, sondern der Thäter. Immer ist Ersterer lediglich — wenn gleich schwer — am fremden Verbrechen, an dem des Thäters, betheiligt, trägt er daran seinen That- und Schuldantheil.

4. Die der Absicht des intellectuellen Urhebers entsprechende That des „physischen Urhebers“ — ob Versuch oder Vollendung — — ist „formell“ beiden in gleichem Masse zuzurechnen, in dieser Beziehung die Schuld und Strafbarkeit beider eine völlig gleiche. (H. §. 89. S. 362.)

Ein vollbürtiger Sprössling der — Miturheberschaft! Im Gegentheil. Formell ist das Verbrechen eben zunächst lediglich That des Thäters, gar nicht des Anstifters. Bei materieller Zurechnung dagegen ist der That- und Schuldantheil beider ein völlig verschiedener (s. oben §. 42), nur etwa zufällig das Strafmass in concreto ein gleiches.

5. Nach „materieller“ Zurechnung gestaltet sich die Schuld des Anstifters als des Verführers zur höheren, die des Angestifteten als des Verführten zur geringeren. (H. §. 89. S. 363 ff.)

Diese einseitige Auffassung, schon unter 4. widerlegt, übersieht obendrein, dass der „Verführte“, indem er sich verführen lässt und zur

Ausführung selbst bestimmt, auf den Verführer stärkend zurückwirkt, auch ohne dass man die meist erfolgte Vorverständigung über die That mit in Anschlag bringt.

6. Die erfolglose Anstiftung ist an dem Anstifter als Versuch des Verbrechens zu beurtheilen. (H. §. 88. S. 352 ff.)

Die Undurchführbarkeit dieser Auffassung ist zur Genüge erörtert, auch von Anderen nach Verdienst gewürdigt, so von

Berner, Theiln. S. 308. Grunds. §. 32. Lehrb. §. 110.

Nur schiesst dieser Criminalist und mit ihm andere, weil mit falschem Visir zielend — nämlich mit der Urheberschaft — über das Ziel hinaus, wenn er sagt, durch Versuch beziehungsweise Vollendung des Thäters werde auch der Anstifter des versuchten beziehungsweise vollendeten Verbrechens schuldig. Das Verbrechen selbst wird vom Anstifter überall nicht begangen, folglich weder vollendet noch versucht. Wahr ist nur, dass derselbe am vollendeten beziehungsweise versuchten Verbrechen des Thäters schuldhaft, und zwar schwer betheiligt ist („Theilnehmer" im Sinn der neueren Gesetzgebungen). Wahr ist ferner, dass, bevor der Thäter die Stufe des Versuchs beschritten hat, der Anstifter noch im Vorbereitungsstadium der „Theilnahme", wie der Thäter im Vorbereitungsstadium der That selber, sich befindet. Mag ausnahmsweise das positive Recht diese wie andere Vorbereitungshandlungen mit besonderer Strafe belegen — und wir bestreiten hier wenigstens die ratio legis keineswegs —, die Regel selbst ruht auf unbestreitbaren Grundsätzen der Logik und positiven Rechtstheorie.

7. Bei qualitates aggravantes auf Seiten des Anstifters allein, nicht des Thäters, ist „nicht dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das sich nach der objectiven Beschaffenheit der That als das anzuwendende ergibt, sondern vielmehr dasjenige, das in Rücksicht auf die durch die Persönlichkeit des Anstifters bedingte Beschaffenheit der That — — anzuwenden ist." (H. §. 89. S. 364 ff.)

Die Frage ist oben hinreichend erörtert. Die persönliche Qualität des Thäters allein bestimmt das begangene Verbrechen und anwendbare Strafgesetz. Innerhalb des Strafrahmens aber gilt für den Anstifter dessen qualitas aggravans als straferhöhender Zumessungsgrund; und ebenso für den mit derselben bekannten Thäter, nur in geringerem Masse, da ihm selbst die erschwerende Eigenschaft nicht anhaftet, er vielmehr nur dadurch, dass er z. B. durch die Anstiftung eines Sohnes zur Ermordung Jemandes sich hat bewegen lassen, der dessen

Vater war, auf diesen qualificirten Anstifter bestärkend eingewirkt hat (s. oben §. 43). Endlich

8. Wenn der Anstifter nicht blos als solcher, sondern daneben als Helfer an der Ausführung sich betheiligt hat, ist es „durchaus gleichgültig, in welchem Masse der Anstifter an der Ausführung des Verbrechens Theil nahm (!), und ob seine Thätigkeit, an sich betrachtet, hinreichen möchte, um ihn als Urheber erscheinen zu lassen". (H. §. 90.)

Dieser befremdende Satz würde ohne die Schlussworte ein Räthsel bleiben. Also der Anstifter, welcher obendrein Helfer war, soll dadurch nicht strafwürdiger, die Hülfe von der Anstiftung absorbirt werden! Allerdings, erwidert man; denn er ist ja ohnehin schon „Urheber". Darin also steckt wiederum die Lösung des Räthsels.

Kaum bedarf es der Erklärung, dass ich mit dem letztgenannten Begriff jenen gesammten Satz unbedingt verwerfen muss. Die Hülfe neben der Anstiftung — die doppelte Theilnahme — ist zur Schuld und Strafe zuzurechnen; das Strafmass des Anstifters steigt um ebensoviel, als seine Betheiligung an der fremden That eine doppelte, um so wirksamere, seine Schuld eine um so grössere war.

Eben hier mag das ofterwähnte Schulbeispiel Berners, hinsichtlich dessen dieser hervorragende Criminalist so freimüthiger Selbstkritik sich unterzogen hat, aber leider erst nachdem die ursprüngliche Beurtheilung viele Köpfe verwirrt hatte,

s. Berner, Theilnahme. S. 215. — vgl. Grunds. §§. 46. 47,

seine volle Erledigung finden. Der Vater A des B will Holz stehlen. Er bewegt den Sohn B mit seinem (des A) Wagen in den benachbarten Forst hinauszufahren, dort das fremde Holz aufzuladen und heimzubringen, während er selbst bei dem ganzen Vorgange am Eingange zum Forst Wache steht. Freie Selbstbestimmung des B wird vorausgesetzt. Verleitet vom Vater, fasste er die eigenen Motive — etwa um selbst die Vortheile des erwärmenden Winterbedarfs zu geniessen, oder dem Vater sich willfährig zu erweisen etc. —, welche eigene Absicht und vorsätzliche Ausführung zur Folge hatten. Der A ist Anstifter, der B Holzdieb, Thäter. An dem Verbrechen des Sohnes ist aber der Vater zwiefach betheiligt. Einmal eben als Anstifter; sodann als Helfer, indem er dem Thäter zur Begehung Anleitung gab, die Mittel und Werkzeuge gewährte, obendrein durch sein Wachestehen die Thatausführung erleichterte und sicherte.

A. M. noch v. Bar a. a. O. S. 68,

welcher meint „Beide sind Miturheber im Komplotte, dessen Stifter der Vater sein mag".

Bringen wir hier den

§. 217. 3) des Preuss. St. G. B.

zur Anwendung, und für den Vater ausserdem die allgemeinen Grundsätze der

§§. 34. 1) und 2). 35,

so können wir sehr wohl zu dem Ergebniss gelangen, dass, während den Holzdieb etwa viermonatliche Gefängnissstrafe trifft, der Vater mit einer sechsmonatlichen Gefängnissstrafe zu belegen sein wird. Denn derselbe ist schon als Anstifter nicht schlechthin weniger strafwürdig als der Thäter, obendrein aber auch der Hülfleistung schuldig, als Helfer an der Ausführung des angestifteten Verbrechens betheiligt.

b. Helfer und Thäter.

§. 46.

Begriff der Hülfe.

Die Construction der verbrecherischen Hülfe würde aus dem Grunde in raschen Zügen erfolgen müssen, weil dieser Begriff meiner besonderen Aufgabe ferner liegt. Dennoch heischt derselbe eingängliche Behandlung, damit auch an diesem Theil der ganzen Lehre unsre Theorie die Probe bestehe.

Die hier befolgte Terminologie: Helfer, Hülfe — ist sprachlich einfacher als die Schulbezeichnungen: Gehülfe, Beihülfe. Um ganz abzusehen von der Incongruenz letzterer Wortbildung; entweder dem Gehülfen müsste Gehülfenschaft, oder der Beihülfe ein Beihelfer entsprechen. Sie ist logischer; denn im Beihelfer ist entweder die Präposition überflüssig, oder es wird dadurch nur ein Nebenhelfer, also nicht der Helfer selbst, bezeichnet. Endlich ist sie nichts weniger als quellenwidrig, wie schon die Beispiele bei

Haltaus, Glossar. v. Helffer, Helffershelffer

zeigen, und namentlich der älteren Rechtssprache vollkommen entsprechend (s. oben §§. 22—26).

Den Begriffen des Anstifters und Helfers sind zahlreiche Merkmale gemeinsam. Beide sind Nichtthäter; beide setzen einen Thäter voraus, erfordern einen Thäter, welchen dieser fördert, jener anstiftet. Beide also sind lediglich betheiligt am fremden Verbrechen — nach der neueren Gesetzessprache „Theilnehmer“ an des Thäters Verbrechen —; sie wollen und können als solche ein eigenes Delict nicht begehen,

nur dass vom Thäter ein Delict begangen werde, dies wollen und fördern sie. Beide müssen zu dem Thäter in ein so oder so gestaltetes Einverständniss über die That treten. Endlich wird das Verbrechen und das anwendbare Strafgesetz für Beide durch die That des Thäters bestimmt.

Im Uebrigen sind sie streng geschieden. Jener erweckt den verbrecherischen Gedanken im Thäter, und veranlasst dadurch das Verbrechen; dieser stärkt nur den Thäterwillen in Entschluss und Ausführung, er fördert dadurch das Verbrechen. Jene Thätigkeit geht dem verbrecherischen Entschluss des Thäters voraus, diese setzt denselben (als bereits vorhandenen) voraus. Ebendarum ist jene Einwirkung umsomehr der Ausführung der That stets vorausgehend — diese bald derselben vorausgehend, bald sie begleitend, bald (im uneigentlichen Sinn: Begünstigung) derselben nachfolgend. Die Anstiftung ist als solche lediglich geistige Einwirkung — die Hülfe bald ebenfalls eine rein geistige, aber weniger wirksame (geistige Hülfe), bald eine sowohl körperliche als geistige Mit- und Einwirkung (gemischte Hülfe). Endlich kann der Thäter daneben Anstifter des Helfers sein, der Helfer daneben auch Anstifter des Thäters; wogegen selbstverständlich der Thäter als Anstifter des Anstifters gedacht werden nicht kann. —

Wie aber ist das Verhältniss zwischen dem Helfer und Thäter klar hinzustellen? Mit der scharfen Lösung dieser Frage wäre zugleich der Helferbegriff vollkommen construirt, und die Definition gegeben. Die Doctrin vieler Jahrhunderte hat daran sich abgemüht. Alles Mühen musste vergeblich bleiben, so lange man das entscheidende Kennzeichen nur oder vorwiegend im objectiven Moment, in Art und Mass der Thätigkeit, oder andererseits nur oder vorwiegend im subjectiven Moment, in der Art der Absicht — eine Einseitigkeit, von welcher auch Köstlin und ehemals Berner keineswegs frei waren — zu finden glaubte. Neuerdings hat wiederum

> Glaser, Abh. im Gerichtssaal. 1864. S. 24 ff., auch aufgen. in Dessen Gesammelte Kleinere Schriften. Bd. I. (1868.) N. VI.

versucht, den letzteren Standpunct durch neue Mauern und Wälle uneinnehmbar zu machen. Mit dem Nachweise beginnend, dass die Abgrenzung von „Thäterschaft und Beihülfe“ nach objectiven Merkmalen unhaltbar sei, hält dieser Rechtslehrer „den Versuch gerechtfertigt, die Gränzmarke von der entgegengesetzten Seite her zu erreichen“ (a. letztgen. O. S. 145).

Dieses Gerechtfertigtsein muss ich von vornherein anzweifeln. Ja,

wenn man zur Wahl zwischen den Grössen a und b gezwungen wäre, gleichwie bei verschiedenen Wegen, die entgegengesetzte Richtungen verfolgen! Allein, was hindert uns hier durch Combination der Grössen a und b vielleicht das Rechte zu treffen?

Glaser meint nun, wie beim Versuch der objective, so sei bei der Beihülfe der subjective „Thatbestand“ mangelhaft (soll wohl heissen: das subjective Moment), und gelangt auf S. 151 zu folgendem Ergebniss:

> „dem Gehülfen fällt in Bezug auf das Existentwerden des Verbrechens nur die sogenannte unbestimmte Absicht zur Last, während den Thäter wirkliche (bestimmte) Absicht leitete, — der Gehülfe handelt in dem Willen, dass das Verbrechen möglich, der Thäter in dem Willen, dass es wirklich werde.“

Davon statuirt er dann sofort eine Ausnahme, welche in der That nicht etwa „einen Fall“, sondern eine nicht geringe Zahl der verschiedensten Fälle begreift. Es ist aber durchaus irrig, dass die Helferabsicht eine unbestimmte, und zwar auf die blosse Möglichkeit, nicht Wirklichkeit, des Verbrechens gerichtet sei. Auch der Helfer will nämlich, dass die That wirklich, er will gleich dem Thäter dass sie begangen werde. Nur will er sie nicht begehen, sondern durch seine unterstützende Mitwirkung die thäterische Begehung ermöglichen oder erleichtern. Seine Thätigkeit muss daher lediglich die letztere Beschaffenheit, sein Wille die dieser Beschaffenheit entsprechende Eigenschaft, aber in voller Bestimmtheit, an sich tragen.

Der Standpunct des heutigen Rechts muss jegliche einseitige Betonung oder Bevorzugung sei es des subjectiven sei es des objectiven Merkmals im Begriff der Thäterschaft und der Hülfe verwerfen, denn derselbe ringt nach allseitiger Auffassung der Mitschuld. Dennoch würde man den Anhängern der überwiegend objectiven Abgrenzung zwischen Helfer und Thäter, und somit den hervorragenden Criminalisten noch des achtzehnten Jahrhunderts sicherlich Unrecht thun, wollte man deren Ausgangspunct einen schlechthin unbegründeten nennen. Derselbe hat vielmehr seine positive Grundlage im deutschen Strafrecht des Alterthums und Mittelalters, welches das subjective Moment der That weniger stark berücksichtigte als die Frage nach dem Schaden, den jeder der betheiligten Mitschuldigen seiner Absicht gemäss angerichtet hatte.

Vgl. John, Das Strafr. in Norddeutschl. etc. S. 262.

Doch mögte ich diesem Schriftsteller keineswegs beistimmen, wenn er, die Auffassung des heutigen Strafrechts damit contrastirend, letztere in

dem Unterscheidungsmomente finden will: es handle der Thäter im eigenen Interesse, der Gehülfe dagegen „in dem Interesse eines Anderen“, des Thäters; der Gehülfe „strebe im Interesse eines Anderen, des Thäters, den rechtsverletzenden Erfolg zu ermöglichen“.

Vielmehr handelt auch der Helfer zunächst und vorwiegend in eigenem Interesse, wie aus eigener Absicht. Noch mehr; jener Umstand würde ganz unerheblich sein. Denn es bildet, wie oben gezeigt wurde, der Zweck oder das Interesse ein wesentliches Moment der verbrecherischen Schuld überall nicht. Wir werden übrigens alsbald sehen, wie John selbst in den „Kritiken“ diesen m. E. nicht haltbaren Standpunct wiederum aufgegeben zu haben scheint.

Beide Momente sind untrennbar verbunden, auch in Betreff der Hülfe: das subjective und das objective, das der eigenthümlichen Absicht und das der eigenthümlichen Betheiligung an der Ausführung des Verbrechens. Diese Erkenntniss hat neuerdings sich Bahn gebrochen

s. Hälschner a. a. O. S. 312 ff.
Geib, Lehrb. II. §. 104. S. 318.

Im corpus (der Bethätigung) wie im animus (der Absicht), in Beidem gleichsehr, müssen Thäter und Helfer grundsätzlich verschieden sein. Als den Abschluss dieser allein richtigen Theorie der neuesten Doctrin betrachte ich die kurze Darstellung bei

John, Kritiken etc. S. 29—39,

wo die Begriffe in schroffen Gegensätzen auftreten, und zwar in der diesem Criminalisten eigenthümlichen Weise, die mit schlagender Schärfe, nicht selten auch mit scharfen Schlägen ihr Ziel zu treffen pflegt.

John stellt „Thäterschaft und Beihülfe“ einander gegenüber

1. als Arten der verbrecherischen Schuld, die in allen wesentlichen Merkmalen Gegensätze bilden, nämlich
 a. im Willen (subjectiv); dort: ein bestimmtes Verbrechen zu begehen — Wollen der erforderlichen Begehungshandlung — hier: dass ein bestimmtes Verbrechen begangen werde — Wollen einer dazu erforderlichen Unterstützungshandlung;
 b. in der Handlung (objectiv); dort: eine Begehungshandlung d. h. eine solche, welche mit einer rechtsverletzenden Thätigkeit abschliessen muss — hier: eine Unterstützungshandlung d. h. eine solche, welche keine rechtsverletzende Thätigkeit enthalten darf.

2. Die Thäterschaft enthält verschiedene Grade der Schuld, nämlich in Versuch und Vollendung; die Beihülfe enthält solche Grade nicht, nur eine verschieden grosse Strafbarkeit. —

Die begriffliche Kennzeichnung ist m. E. im Ganzen und Grossen unanfechtbar. Dennoch dürfte die Kritik auch an diesen Ergebnissen der John'schen „Kritiken" im Einzelnen Mängel finden.

Zuvörderst ist die Fassung der „Unterstützungshandlung" (1. b.), so wie sie dasteht, der Missdeutung ausgesetzt. Zwar findet die einigermassen paradoxe Definition ihre Erklärung im voranstehenden Texte (S. 29 ff.). John meint, „keine Unterstützungshandlung dürfe so angelegt sein, dass sie, um ihrer Bestimmung zu genügen, in einer rechtsverletzenden Thätigkeit abschliessen muss". Und das heisst wiederum: sie darf kein selbständiges (versuchtes oder vollendetes) Verbrechen oder Vergehen enthalten. Denn dann wäre eine Begehungshandlung, also Thäterschaft — nicht Beihülfe — vorhanden.

Allein, wird nicht eben dieser Gedankengang durch obige Formel: „eine Handlung, welche keine rechtsverletzende Thätigkeit enthalten darf" mindestens in unvollkommener Weise ausgedrückt?

Aber mehr noch. Ich meine: Ganz gewiss ist auch die Thätigkeit des Helfers eine rechtsverletzende; sie ist sowohl ein Bruch der Rechtsordnung (woher sonst ihre Strafbarkeit?) als eine Verletzung des unmittelbar betroffenen Rechtsverhältnisses, nur — nicht eine selbständige. Sie bildet als solche niemals ein selbständiges Verbrechen oder Vergehen — es sei denn, dass positives Gesetz sie im einzelnen Falle dazu stempelte; dann aber wäre sie insofern wiederum Thäterschaft, Begehungshandlung eines Sondervergehens. Ich würde daher die Formel vielmehr so fassen:

> eine Unterstützungshandlung d. h. eine solche, welche ein selbständiges (versuchtes oder vollendetes) Verbrechen oder Vergehen enthalten nicht darf;

und im Gegensatze davon für den Thäter beanspruchen:

> eine Begehungshandlung d. h. eine solche, welche ein selbständiges Verbrechen oder Vergehen (versuchtes oder vollendetes) enthalten muss.

Aehnlichen theils sprachlichen theils sachlichen Bedenken dürfte Johns These 2. unterliegen.

Zunächst ist die Bezeichnung Schuldgrade, Grade der Schuld, nun einmal — ob mit oder ohne Fug — eine vieldeutige, daher auch zweideutige geworden.

S. noch Hälschner a. a. O. §. 85. und dazu Anm. 2.

Ich würde darum vorziehen, Versuch und Vollendung — welche Begriffe John nur bei der Thäterschaft gestatten will — als Stufen auf der Bahn oder Leiter der Ausführung, und demgemäss auch der verbrecherischen Schuld zu bezeichnen.

Sodann lässt aber auch m. E. die Stufenfolge des Versuchs und der Vollendung bei der Hülfe sich logisch vollkommen construiren. Freilich nur bei der sogenannten physischen (nach meiner Ausdrucksweise: gemischten) Hülfe; nicht dagegen bei der rein geistigen, welche in dieser Beziehung vielmehr der Anstiftung sich anschliesst (wie die gemischte, die Thathülfe, der Thäterschaft). Einzig und allein „physische" Thätigkeit ist empfänglich für die Begriffe Versuch und Vollendung — Begriffe, welche eben die Stufen des Fortschritts einer verbrecherischen Bethätigung vom Anfange bis zum Abschluss, und damit des verändernden Eingreifens in die Aussenwelt bezeichnen. Ich verstehe unter Versuch der Hülfe eben den Fall, in welchem, während der Thäter mindestens zum Versuche der Begehung fortgeschritten ist, die zu leistende gemischte (That-) Hülfe ebenfalls nur noch die Stufe des Anfangs der Ausführung beschritten hat. Anders scheint den „Versuch der Beihülfe" zu fassen Hälschner a. a. O. S. 330 und §. 85.

Nur freilich darf man

1. nicht Versuch der Hülfe verwechseln mit Hülfe zum Versuch des Thäters,
2. nicht übersehen, dass der gemeine Sprachgebrauch Bedenken trägt, von Vollendung und Versuch der blossen Hülfe zu reden,
3. vor Allem nicht unerwähnt lassen, dass der blosse Versuch der Hülfe vom positiven Recht mit Strafe belegt nicht ist — und aus gutem Grunde —, die Frage also der Strafrechtsphilosophie angehört.

Ein Beispiel mag den Fall klar stellen. A hat mit dem B beredet, dass A den X vermittelst Einsteigens in eine offene Bodenluke bestehlen will, B nach Umständen dabei hülfreiche Hand leisten soll. Während nun A, der eine Leiter im Hofe des X nicht findet, am Spalier zur Bodenluke hinaufzuklimmen sich bemüht, entdeckt B auf dem Nachbarhofe eine Brandleiter. Während er diese an das Gebäude des X legt, wird sowohl er als der im Spalier hängende A auf der That ergriffen.

Zu dem Thatversuche des A hatte hier B körperliche Hülfe noch überall nicht geleistet. A hat die Stufe des Versuchs beschritten, indem er den Anfang der Ausführung (des Einsteige-Diebstahls) bereits ge-

macht hatte. Die thätige Hülfe des B — durch Anlegung einer Leiter zur Benutzung durch den A — war, für sich betrachtet, ebenfalls lediglich bis zur Stufe des Versuchs gediehen, indem er ja mit der herbeigeschleppten Leiter bereits im Anlegen begriffen, dieselbe aber von dem A noch nicht benutzt war. Wird hier einerseits der A wegen Versuchs des Diebstahls durch Einsteigen bestraft, so könnte man andrerseits die Hülfeversuchshandlung des B für blosse Vorbereitung der Hülfe und demgemäss für straflos erklären, dagegen lediglich wegen vollendeter geistiger Hülfe — geleistet durch Bestärkung des Thäterwillens in Beredung und Gegenwart — zum Versuche des Thäters A auch den B strafen. Allein Soviel ist doch unzweifelhaft, dass die Unterstützungshandlung des B in Wirklichkeit das Stadium der Vorbereitung überschritten, die des Versuchs (Anfang der Hülfsausführung) beschritten hatte.

Fassen wir nunmehr den — immerhin vom positiven Strafrecht nicht anerkannten — Begriff des Hülfeversuchs in eine Formel:

Versuch der verbrecherischen Hülfe würde dann vorliegen, wenn — das Fortgeschrittensein des Thäters mindestens zum Versuch des Verbrechens vorausgesetzt — bei vorhandener Helferabsicht der gemischte Helfer (Thathelfer) die beabsichtigte Unterstützungshandlung bereits angefangen hatte, dieselbe aber vom Thäter benutzt worden nicht ist, die Vollendung der Hülfleistung also aus nicht im Willen des Helfers liegenden Ursachen erfolglos (unwirksam) geblieben.

Auch Berner hat in der

Theiln. am Verbr. S. 220 ff.

einen „Versuch der Beihülfe" aufzustellen gesucht, diesen Begriff aber späterhin wiederum aufgegeben. So schliesse ich aus dem Schweigen des Lehrbuchs und der „Grundsätze". Aus der übrigen Literatur

(s. Geib a. a. O. S. 371.)

mag nur hervorgehoben sein, dass unter den zahlreichen Verfechtern des Versuchs der Beihülfe weder

v. Bar, Vers. und Theiln. §. 20. insbes. S. 73.

noch

v. Buri, Theiln. S. 64.

mit uns in gleichem Lager steht, indem Ersterer m. E. keineswegs überall Thatversuch und Hülfeversuch strenge auseinanderhält, wie schon die Einmischung der „intellectuellen Beihülfe" (a. a. O. sub. 1.) deutlich genug zeigt, und Letzterer mehr als geneigt scheint, die unerlässliche Voraussetzung fallen zu lassen, dass der Thäter mindestens die Stufe des Thatversuchs beschritten haben muss, wenn von Straf-

barkeit des Helfers überall die Rede sein soll. So verfehlt der Eine sein Ziel durch Vermischung von That- und Hülfeversuch — in Widerspruch mit der Grundwahrheit, dass Versuch und Vollendung nur auf dem Gebiete der That heimisch, im Felde der rein geistigen Einwirkung (Anstiftung und geistige Hülfe) heimathlos erscheinen, der Andere durch Lostrennung des Helfers vom Thäter — in Widerspruch mit der Natur der Hülfe als accessorium, quod sine principali esse non potest. —

Um diese Vorbemerkungen mit einer Definition zu schliessen:

> Helfer ist derjenige, welcher in der Absicht die Begehung eines Verbrechens zu fördern (unterstützen) das mindestens zum Thatversuch gediehene fremde Verbrechen (oder Vergehen) dieser Absicht gemäss wirklich aber auch lediglich fördert (unterstützt).
>
> Cf. L. 2. D. de term. mot. 47, 21.
>
> (Callistratus — rescriptum D. Hadriani): — „si — alii negotium gesserunt, et (hac mente) ministerio functi sunt“ etc.
>
> wobei ich dem übrigen Inhalt der Stelle („mente facientis“) das Einschiebsel „hac mente“ entnehme.

Jene ausführliche Fassung vorangeschickt, sei die Definition kürzer so formulirt:

> Helfer ist derjenige, welcher absichtlich die Begehung eines fremden Verbrechens lediglich unterstützt.

Die von John a. a. O. S. 29 gegebene Begriffsbestimmung definirt nicht den „Gehülfen“, sondern lediglich den Gehülfenwillen, wenn dort gesagt ist:

> „Der Gehülfe will, dass ein bestimmtes Verbrechen begangen werde und zu diesem Zwecke will er eine die Begehung des betreffenden Verbrechens fördernde Unterstützungshandlung.“

§. 47.

Weitere Ausführung des Begriffs.

Der Thäter ist es, den der Helfer unterstützen will und unterstützt, sei es unmittelbar oder mittelbar. Letzteres ergibt den Begriff des Helfershelfers im eigentlichen Sinn, den schon die Volkssprache von Alters her neben den Helfer stellt, den Genossen des Thäters beigesellt.

Es ist ganz richtig, dass strenggenommen Hülfe zur Hülfe geleistet werden nicht kann; dies würde ein accessorium zum accessorium sein, letzteres also relativ zum principale erheben. Allein in der That

läuft auch die Absicht und Wirksamkeit des Helfershelfers darauf hinaus, dem Thäter zu helfen, wenn gleich mittelbar d. h. durch den Helfer, durch dessen verstärkte Hülfe hindurchgehend, so dass dieser insoweit als Zwischenperson erscheint — nicht ganz unähnlich dem angestifteten Anstifter; z. B. C schafft dem B wissentlich Werkzeuge, welche dieser dem Thäter A zur Begehung der That bieten soll; oder C räth dem B, wie dieser am Wirksamsten dem Thäter A Rathhülfe oder Thathülfe gewähren könne. So verstanden ist die Hülfshülfe, die Wirksamkeit des Helfershelfers, weder straflos noch irgend in Widerspruch mit dem Begriff der Hülfe überhaupt. Dies gegen

Berner, Theiln. S. 265. Grunds. §. 44. 1).

Auch schliessen den Helfershelfer keineswegs aus die Worte des

Preuss. St. G. B. §. 34. 2):

„wer dem Thäter — — Anleitung gegeben hat, ingleichen wer Waffen, Werkzeuge oder andere Mittel, welche zu der That gedient haben, wissend dass sie dazu dienen sollten, verschafft hat" etc.

Hier steht nicht: dem Thäter verschafft hat — und selbst dann können die Mittel sehr wohl nur mittelbar dem Thäter verschafft sein. — Eine Anerkennung der Hülfshülfe ist zum wörtlichen Ausdruck gelangt im

Baier. St. G. B. von 1861. Art. 54.

Hülfshülfe ist also eine dem Thäter durch eine Zwischenperson (den Helfer) geleistete Hülfe. Und dahin gehört auch die von der neueren Gesetzgebung wie von der Doctrin meist übersehene Anstiftung zur Beihülfe, die von einem Dritten, nicht vom Thäter, ausgeht. Doch erklären Einzelne dieselbe für straflos, so

Berner, Grunds. §. 29,

Andere dagegen mit Recht für strafbar

s. Geib a. a. O. S. 373.

Nur stelle man sie unter den rechten Gesichtspunct. Auch dieser dritte Anstifter des Helfers (zur Hülfleistung) ist ein geistiger Helfershelfer im obigen Sinne, und darf ebensowenig straffrei bleiben, wie der gemischte (physische). Auch dieser bringt absichtlich aber mittelbar dem Thäter Hülfe, indem er ihm einen Helfer schafft.

Anders verhält es sich mit dem — um den Sachverhalt in der Laiensprache zu bezeichnen — Helfer des Anstifters. C unterstützt, ohne Anstifter des Thäters B zu sein oder sein zu wollen, also nicht als Mitanstifter, den Anstifter A bei dessen Anstiftung des B; z. B. während der B noch zu schwanken schien ob er die vom A gebotenen wirksamen Beweggründe für die That sich aneignen (etwa den darge-

botenen Lohn annehmen) wolle, hat C ihm zugeredet: er möge nur thun, was A ihm sage, nicht lange zaudern etc. Da wir voraussetzen, dass C den B mitanstiften nicht will, da ferner eine Hülfe nur dem Thäter nicht dem Anstifter geleistet werden kann, da endlich geistige Hülfe durch eine Zwischenperson hier nicht stattfindet, C also auch Helfershelfer genannt werden nicht kann — bleibt eben nur dies Eine übrig: den C als geistigen Helfer des vom A bereits angestifteten Thäters B zu betrachten. Er ist also nach juristischer Auffassung nicht Helfer des Anstifters, sondern des Thäters.

Scheiden wir nun im Einklang mit unsrer allgemeinen Grundlage (s. oben §§. 31. 32) die sogenannte fahrlässige Hülfe vollständig aus, dann bietet uns obiger Begriff der Hülfe (§. 46 a. E.) folgende wesentlichen Merkmale:

1. als animus das Bewusstsein und den Willen (die Absicht), die Begehung eines fremden Verbrechens lediglich zu fördern.

Dieses Bewusstsein aber muss nicht blos für den Helfer, sondern auch für den Thäter (den Geförderten, Unterstützten) vorhanden sein. Die ohne Wissen des Thäters, nicht im Einverständniss mit diesem, geleistete absichtliche Hülfe ist keine solche im vollen strafrechtlichen Verstande. Wir verweisen hier auf unsre frühere Erörterung des einseitigen Bewusstseins und des Mitwissens (§. 32).

2. Als corpus die demgemässe Ausführung der Absicht durch eine blosse Unterstützungs- beziehungsweise Förderungshandlung. Erstere Bezeichnung entspricht mehr der gemischten, letztere mehr der reingeistigen Hülfleistung.

Wer seiner ursprünglichen Absicht nach Helfer sein wollte, dann aber die beabsichtigte Unterstützungshandlung in eine Begehungshandlung verwandelt, der wandelt stets und nothwendigerweise zugleich seine Helferabsicht in Thäterabsicht. Man kann von ihm sagen — analog der Lehre vom Verlust der possessio —, er hat zwar dem äusseren Anschein nach corpore, in Wahrheit aber corpore et animo, die Helferschaft eingebüsst. Ein Thor, wer da meinen wollte, er könne ungeachtet der Begehungshandlung dennoch die Helferabsicht behaupten. Und umgekehrt ein Thor, wer sich einbildet, durch blosse Unterstützungshandlung als Thäter dazustehen. Jedenfalls ist Beides gleichsehr rechtlich irrelevant.

Also die vorsätzliche Begehungshandlung setzt sofort die Hülfe um in That, die Helfer- in Thäterabsicht. Diese Thäterschaft aber

ist dann bald eine alleinstehende — indem der bisherige Helfer ein anderweites ganz selbständiges Verbrechen begeht —, bald Mitthäterschaft. Ersteres trifft zu in dem von

John a. a. O. S. 30

angezogenen Beispiel: der im Einverständniss mit dem Diebe A wachestehende B erschlägt im Streit den heimkehrenden X (welcher bestohlen wird), oder indem er diesen gewaltsam am Betreten des Hauses hindert, während A im Hause des X stiehlt. Der B ist als Todschläger nicht Helfer, sondern Alleinthäter. — Letzteres dagegen trifft zu, wenn mutato consilio der Helfer zum Mitthäter wird, und eben dadurch aufhört Helfer zu sein: B, welcher den zuermordenden X festhalten, oder nur dem Thäter A die Waffe bereit halten soll, schlägt aus eigenem Antriebe (oder auf Geheiss des A) auf den X ein, weil er sieht, wie A den X zu bewältigen nicht vermag. S. das Schulbeispiel bei

Berner, Theiln. S. 215 oben.

Allein auch das Umgekehrte kann eintreten. Ein Mitthäter seiner ursprünglichen Absicht nach — natürlich nicht der Alleinthäter — setzt eine blosse Unterstützungshandlung an die Stelle der Begehungshandlung. Auch hier verwandelt er mit dem corpus nothwendigerweise zugleich den entsprechenden animus in Helferabsicht. Eine solche Abweichung von dem Inhalt der etwaigen Vorverständigung kann gemäss späterer Verständigung mit dem betheiligten Thäter, oder ohne diese erfolgen. A und B haben verabredet, gemeinsam den X zu ermorden, B aber lässt kurz vor der That den A im Stich, indem er sich damit begnügt, an der Thür Wache zu stehen. A, der sich verlassen sieht, vollführt allein die That. Hier ist B mutato consilio — et actu — zum Helfer geworden. Allein es fällt straferhöhend ins Gewicht, dass er zur Mitthat sich anheischig und somit einer weit stärkeren, wirksameren Einwirkung auf den Thäterwillen des A sich schuldig gemacht hat, als wenn er lediglich Hülfe verheissen hätte. Möglicherweise würde dann A das Verbrechen überall nicht unternommen haben, während er nunmehr, im entscheidenden Augenblick im Stich gelassen, wohl oder übel den Alleinthäterwillen fassen musste, wollte er der Anklage wegen Mordversuchs entgehen! —

Wenn man sagt, die Absicht des Helfers stehe in wesentlicher Beziehung zu der Absicht des Thäters, dessen verbrecherische That er eben fördern, unterstützen will, so wird dies Niemand bestreiten. Mehr noch; die Thäterabsicht ist insofern bestimmend für den Helferwillen, als dieser der thäterischen That als der Haupthandlung die seinige als Nebenhandlung anschliessen, den Schicksalen der ersteren folgen und

sich unterordnen will. Aber zuweitgehen heisst es, wenn man jene wesentliche Beziehung eine „ursächliche“ genannt hat. Das Principale ist nur dann ursächlich für das Accessorium, wenn es dieses erzeugt, aus sich hervorbringt. Ein Analogon bietet das privatrechtliche Accessorium: Frucht; anders das Accessorium: Pertinenz. Der Helfer findet im Thäterwillen zwar den Anlass, keineswegs aber die Ursache seiner Selbstbestimmung zur Hülfleistung. Auch räumt eben

Hälschner a. a. O. S. 327. 330,

während er die „ursächliche Beziehung“ betont, andrerseits ein, dass die Helferabsicht eigene Absicht sei, nämlich die, eine fremde Absicht zu fördern. Und, füge ich hinzu, seine Sondermotive und Sonderzwecke, sein besonderes Interesse an der That, zu verwirklichen dadurch, dass er zur Hülfe sich selbst bestimmt, damit eben das Verbrechen — wenn gleich überwiegend durch fremde That, doch von ihm gefördert und erleichtert — begangen werde.

Soweit, aber nicht weiter, ist die Helferabsicht eine accessorische d. h. hier, eine auf die Verwirklichung der Thäterabsicht sich wesentlich beziehende. Dies tritt nun eben darin ganz klar hervor, und dadurch unterscheidet sich dieser Begriff grundsätzlich von der Anstiftung, dass der Helfer niemals die verbrecherische Absicht und That im Thäter hervorrufen will beziehungsweise hervorruft, sondern einen zum Verbrechen bereits wenn gleich möglicherweise nicht fest entschlossenen Thäterwillen voraussetzt und vorfindet. Der Fall, wo dem Erfolge nach dennoch Anstiftung vorzuliegen scheint, wurde bereits oben (§. 44) erörtert.

Endlich verleugnet auch darin die Hülfe ihren accessorischen Character nicht (und dies theilt sie mit der Anstiftung), dass nicht blos Verbrechen und Strafgesetz durch den Thäter auch für den Helfer bestimmt wird, sondern — was freilich als Consequenz eben dieses Grundsatzes anerkannt werden muss — dass die Strafbarkeit der Hülfleistung unter keinen Umständen früher beginnen kann, als die des Thäters. Anders gefasst: die Strafbarkeit des Helfers beginnt, wenn nicht später, jedenfalls (die obigen Erfordernisse vorausgesetzt) erst dann, wenn das Verbrechen, also der Thäter, die Stufe des Versuchs beschritten, das Principale somit das Rechtsgebiet betreten hat. Mit dessen rechtlichen Schicksalen sind dann fernerhin die der Hülfsthätigkeit eng verwachsen. Die einfachste Logik lehrt, dass es zwar eine Sache ohne Nebensache, niemals aber Nebensache ohne Hauptsache geben kann. Accessorien können später hinzutreten, als solche aber vor der Hauptsache nicht gedacht werden. —

Dadurch wird eine selbständige Strafzumessung für den Helfer, wie alsbald sich ergeben dürfte, so wenig ausgeschlossen, dass dieselbe vielmehr in jedem Fall — nicht blos für den sog. generellen Gehülfen — geboten erscheint. Nur kommt darauf Alles an, dass man im Vorwege den Grundsatz felsenfest hinstelle:

> Das für den Helfer (wie Anstifter) massgebende Verbrechen und Strafgesetz bestimmt sich stets und ausschliesslich nach dem vom Thäter (im Einverständniss mit dem Helfer) begangenen Verbrechen.

Nur so kann man den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondre dem Verhältniss der accessorischen That zur Hauptthat, gerecht werden. Nur so gewinnt man den festen Anhaltspunct für die Entscheidung zahlreicher Streitfragen, die m. E. nur dadurch entstehen konnten, dass man in der Lehre von der verbrecherischen Hülfe (und noch mehr in der Anstiftungstheorie!) nach einer Richtschnur umhertappte. Auch hier hat die neuere Gesetzgebung, unbeirrt von den Irrungen der Doctrin, oft den rechten Griff gethan. —

Kommt darauf etwas an, ob der Helfer das Verbrechen, zu welchem er Hülfe leistete, in eigener Person (als Thäter) hätte begehen können? Die neuere Doctrin neigt entschieden zur Verneinung der Frage, die seit

Carpzov. Pract. nov. etc. Pars II. Qu. 87. nr. 7. 8.

bestritten war, die den trefflichen

Stübel, Theiln. §. 51. S. 87 ff. §. 62. Art. 11.

zu vollkommen widersinnigen Ergebnissen verleitet hatte, endlich mit einigen Anderen noch von

Köstlin, Syst. I. S. 284. Not. 4.

bejaht wurde. Es kommt in der That eben Nichts darauf an. Der Helfer begeht weder das Verbrechen, noch will er es begehen. Erst wenn er Thäter sein wollte, würde die Frage überall entstehen, ob er es begehen könne. Oft mag eben der Umstand ihn zur Helferabsicht bestimmen, dass die Thäterschaft, welche er fördern will, ihm selbst unzugänglich ist. Aber auch dies kommt als blosses Motiv nicht in Betracht. Wollte er unterstützen, und hat er unterstützt, dann ist ja erwiesen, dass er konnte was er wollte: ein fremdes Verbrechen unterstützen. — Wie gesagt, heute verstummt auch jeglicher Zweifel dagegen. Oder wollte Jemand allen Ernstes in Abrede stellen, dass ein Weib B zur Nothzucht eines Mannes A (Thäters) an dem Weibe X Hülfe zu leisten vermöge, obgleich sie freilich selbst Thäterin sein nicht könnte! Und ebenso in ähnlichen Fällen. So kann der Nicht-

beamte zum Amtsvergehen des Beamten, der extraneus zum Vatermorde des Sohnes, zum Hausdiebstahl des Dienstboten, zum Kindesmorde der unehelichen Mutter, vollkommen wirksame strafbare Hülfe leisten. Diese Sonderverbrechen erfordern eben nur in der Person des Verbrechers d. h. Thäters die eigenthümliche Qualität, damit sie begangen werden können. Unterstützen kann dieselben auch jeder Andere, dem solche Qualität abgeht. Wie aber die Zurechnung zur Schuld und Strafe in dergleichen Fällen für den Helfer sich gestalte, diese Frage wird alsbald ihre Erledigung finden.

§. 48.

Anwendung auf besondere Fälle.

Im Vorwege gilt es nämlich eine alte Schuld abtragen. Schon bei der Anstiftung wurde (§. 43. sub 3) die Frage aufgeworfen:

> Inwieweit ist auch der Anstifter dann straffrei, wenn für den Thäter nach positiver Rechtsregel ausnahmsweise Straflosigkeit angenommen werden muss?

Die Antwort blieb ich schuldig. Hier ist der Ort, für Hülfe und Anstiftung zugleich die Antwort zu geben.

> Auch bei Straflosigkeit des Thäters kann der Helfer und der Anstifter strafbar bleiben. Und zwar dann: wenn und soweit die Gründe jener Straflosigkeit in seiner Person nicht zutreffen.

Dies scheint aber in mehrerlei Fällen einzutreten, die unter sich verschieden auch getrennte Erörterung beanspruchen.

I. Bei Straflosigkeit oder Unmöglichkeit der Bestrafung des Thäters aus individuellem Grunde.

Bald ist dieser Grund der Straflosigkeit beziehungsweise der Nichtbestrafung des Thäters ein rechtlicher, bald ein blos factischer, immer aber ein höchstpersönlicher d. h. auf dessen Person beschränkter. Ein factischer, wenn der Thäter gestorben, unermittelt geblieben, abwesend oder aus anderen Ursachen für das Schwert der Gerechtigkeit unerreichbar ist. Ein rechtlicher da, wo der Thäter als unzurechnungsfähig erscheint, oder begnadigt, oder das Verbrechen für ihn verjährt ist

> vgl. Berner, Lehrb. §§. 77 ff.

Nur darf man selbstverständlich nicht hierherrechnen den Fall, wo der scheinbare Thäter lediglich als Werkzeug fungirte, der scheinbare Anstifter beziehungsweise Helfer in Wirklichkeit also Thäter war.

Schon die gemeine Meinung

vgl. u. A. Köstlin, Syst. I. S. 316.

Berner, Lehrb. §. 110.

erklärt sich dahin, dass in den vorstehenden Fällen die Straflosigkeit beziehungsweise Nichtbestrafung des Thäters lediglich für diesen wirke, weil und wenn der Grund auf seine Person sich beschränkt, nicht also für den Anstifter und Helfer.

Cff. L. 36. §. 1. L. 52. pr. D. de furt. 47, 2.

Aber hätten wir nicht da ein accessorium sine principali? Keineswegs. Denn das Verbrechen, welches Jener angestiftet, Dieser unterstützt hat — dieses Verbrechen ist vorhanden, nur der Hauptverbrecher aus höchstpersönlichem Grunde nicht bestraft worden beziehungsweise nicht strafbar. Wo aber ein Verbrechen, eine Thäterschaft vorliegt, da kann auch von Anstiftung und Hülfe die Rede sein. Den Anstifter beziehungsweise Helfer befreit nur ein höchstpersönlicher Grund ex sua, nicht ex aliena persona. Hierin liegt der Kern der ganzen Frage beschlossen.

Ob aber Freisprechung des Thäters auch den Helfer und den Anstifter straflos stelle — diese von Angelus Aretinus aufwärts bis Farinacius erörterte, und von Neueren noch berührte Frage durfte niemals aufgeworfen werden. Natürlich kommt auf die Freisprechung Nichts, auf deren Grund Alles an. Wo kein Verbrechen, da ist auch keine Anstiftung oder Hülfe; Straflosigkeit beziehungsweise Nichtbestrafung des Thäters bei vorhandenem Verbrechen aber befreit eben nur diesen von der Strafe.

Es würde endlich zu weit führen, wollten wir an diesem Ort auf die von

Köstlin, N. Rev. §. 178. Syst. §. 15.

behandelten Fälle eingehen, in denen die sonst verbrecherische Handlung einer Person unter besonderen Umständen vom Gesetze entweder gestattet oder gar geboten wird. Doch mag der erstgenannten Classe dieser Fälle unten (bei Gelegenheit des Nothstandes) Erwähnung geschehen. — Wie aber

II. bei Straflosigkeit des Thäters aus Gründen der Criminalpolitik?

Schon mit dieser Fassung habe ich meinen Standpunct zu der Frage bezeichnet:

Ist die Hülfe oder Anstiftung zu Selbstmord und Selbstverstümmelung deshalb straffrei, weil der Thäter es ist?

Denn m. E. beruht hier Alles auf der Stellung, welche man der

Vorfrage gegenüber einnimmt: warum heute das positive Recht den Thäter hier mit Strafe verschont — ob aus eigentlichem Rechtsgrunde, oder ob vielmehr lediglich aus Gründen der Criminalpolitik, der Zweckmässigkeit im Strafrechtsgebiet.

Angesichts und entgegen der alleinherrschenden Meinung unsrer neueren Doctrin — man vgl. nur

Köstlin, Syst. S. 99 ff. S. 282 ff. S. 316. Vgl. aber N. Rev. §. 182.
Berner, Lehrb. §§. 83. 110. Grunds. §§. 31. 57.
Hälschner, Syst. I. S. 333. 372. II. S. 65. —

behaupte ich, dass diese Handlungen an sich Verbrechen sind, weil einen Bruch der Rechtsordnuug enthaltend, dass lediglich Gründe der Criminalpolitik die — nicht einmal ausnahmslose — Straflosigkeit des Thäters motiviren, dass endlich eben diese Gründe für den Anstifter und Helfer in keiner Weise zutreffen.

Zuvörderst behauptet man, jene Handlungen seien nicht Rechtsverletzungen, sondern lediglich „unsittliche", ja Köstlin geht so weit zu sagen, sie treten nicht einmal „in die sociale Sphäre heraus", obgleich er sie „Unsittlichkeiten" nennt. Scheiden wir vor Allem das vieldeutige Wort „Rechtsverletzung" gänzlich aus. Mag immerhin die private Rechtsverletzung — ein bei manchen Verbrechen erforderliches Durchgangsstadium für den Bruch der Rechtsordnung, welcher letztere allein das Verbrechen kennzeichnet — da nicht vorliegen, wo dem etwaigen Verletzer keine von ihm verschiedene Person gegenübersteht. Auch hiergegen sind, jedenfalls für den Standpunct des Dritten, der als Helfer oder Anstifter auftritt, begründete Zweifel zu erheben.

Die Rechtsordnung aber beansprucht von dem Individuum die Aufrechthaltung der wesentlichen Bestandtheile seiner Rechtsfähigkeit. Leben, Ehre, Freiheit, körperliche Unversehrtheit (diese drei letzten ihrer Totalität nach, nicht in einzelnen Ausflüssen verstanden) sind unverzichtbare Güter, eben weil sie integrirende Bestandtheile der Rechtsfähigkeit sind, nicht etwa die Natur erworbener Einzelrechte haben (übrigens sind nicht einmal diese letztgenannten verzichtbar, soweit Recht und Pflicht untrennbar enthaltend, sondern nur reine Vermögensrechte), weil also in einem solchen wesentlichen Bestandtheile die rechtsfähige Persönlichkeit auf sich selber verzichten würde. Das freiwillige Aufgeben derselben ist demnach rechtlich betrachtet ein nichtiger Act, wenn aber factisch und somit widerrechtlich vollzogen oder versucht, eine unleugbare Auflehnung wider die einfachsten Anforderungen der Rechtsordnung — was selbst

Berner, Lehrb. §. 83. Not. 1.

zugestehen muss —, welche mit der Persönlichkeit auch deren wesentliche Bestandtheile unter ihren Strafschutz stellt, welche in den Rechtssubjecten also auch in deren wesentlichen Bestandtheilen sich verwirklichen will, welche einerseits nicht blos für sich sondern auch für sie, andererseits nicht durch sich sondern eben durch sie ihr Dasein hat und erhält. Den Ehebrecher, welcher das unverzichtbare Einzelverhältniss der Ehe und durch dieses hindurch die Rechtsordnung bricht — diesen erklärt man für einen Verbrecher, nicht aber den Selbstmörder, den Selbstverstümmeler, den Selbstverkäufer! Bestraft man etwa den Ehebruch lediglich deshalb, weil derselbe die eheliche Treupflicht und das Recht des anderen Ehegatten verletzt, oder nicht vielmehr wegen des Bruchs der Rechtsordnung?

Aber freilich, wo ein Strafübel finden, das den Thäter des vollendeten Selbstmordes, den Schuldigen selbst und nicht lediglich Unschuldige, treffen würde! Dennoch ist die factische Unmöglichkeit der Strafzufügung keineswegs der entscheidende Grund. Warum würde sonst der Versuch des Selbstmordes heute für straflos erachtet? Vielmehr findet für jeden der obengenannten Fälle das positive Recht durchaus verschiedene criminalpolitische Straflosigkeitsgründe. Bei versuchtem Selbstmorde liegen sie auf flacher Hand. Rücksichten auf den gesammten Seelenzustand des Thäters, welcher der Heilung und Besserung bedarf, nicht der Züchtigung, welchen die Bestrafung eher steigern als heben würde — solche Rücksichten sind hier massgebend und daneben die, dass in dem Bewusstsein, als Selbstmordversucher im Munde der Mitbürger fortzuleben, ohnehin mehr denn genug der Strafe liegt. Gleiches gilt in manchen Fällen für die Selbstverstümmelung. Es tritt noch hinzu, dass der Verstümmelte den Verlust seiner körperlichen Integrität schwer genug empfinden wird. Wo aber das betrügerische Motiv, der Pflicht gegen den Staat sich zu entziehen, dieses Verbrechen hervorgerufen hat, da hat auch die Gesetzgebung aller Zeiten sich veranlasst gesehen jene criminalpolitischen Gründe wiederum fallen zu lassen und Strafe zu verhängen — scheinbar für ein Sonderverbrechen, in Wahrheit aber deshalb, weil die Straflosigkeitsgründe von entgegenstehenden Rechtsgründen mehr als aufgewogen werden, und die ausnahmsweise Straflosigkeit demnach cessirt. Bei Selbstverkauf und verwandten Fällen wird ausser dem an Unzurechnungsfähigkeit grenzenden Seelenzustande meist noch, wenn nicht geradezu Nothstand, doch ein Zustand unsäglichen Elends Berücksichtigung verdienen.

Die ratio legis liegt überall so nahe, dass es des Nothmittels in der That nicht bedarf, in allen jenen Fällen das Verbrechen hinwegzuargumentiren, und dadurch den Fundamentalsätzen des Strafrechts Gewalt anzuthun.

So zeigt denn auch die rechtsgeschichtliche Entwickelung, wie der Gesetzgebung erst spät jene criminalpolitischen Gründe der Straflosigkeit, und zwar anfänglich nur eine einzelne derartige ratio, zum Bewusstsein gelangte. So verfügt unter den unmittelbaren Vorläufern der Bambergensis noch im Beginn des 16. Jahrhunderts die

Hals-G. O. von Radolphzell §. XVIII (wörtlich übereinstimmend mit der Tyroler Malefizordnung von 1499):

Welcher oder welche Person Im selber den Tod tuet, seinen Herren verrat, christlichen Glauben verleugnet, oder sein Vater und Mutter umbpringt umb das er die Erb, die sind Leib und Guet verfallen.

Erst Schwarzenberg erkannte diejenige ratio, welche

Bamb. art. 160. (Straff eygner todtung) mit den

Worten: „wo sich aber einer —— auss kranckheyt seynes leybs oder gebrechligkeyt der sinne selbst tödtet“,

in mehr detaillirter Fassung aber Proj. I und II. Art. 141, und endlich die

P. G. O. Art. 135. (Straff eygner tödtung)

so ausdrückt: „Wo sich aber eyn person ausserhalb obgemelter offenbaren vrsachen auch in fellen da er sein leib alleyn verwirckt, oder sunst auss kranckheyten des leibs melancolei gebrechlicheyt jrer sinn oder ander dergleichen blödigkeyten selbst tödtet“ etc.

mit dem zu jener Zeit keineswegs müssigen Zusatz

„vnnd darwider keyn alter gebrauch, gewonheyt oder satzung statt haben, sonder hiemit reuocirt, cassirt vnd abgethan sein (soll).“

In der That, dieser Zusatz war höchst nöthig, und nicht einmal genügend. Gewisse Strafen des Selbstmordes, namentlich solche die der P. G. O. direct nicht widersprechen, behaupteten sich bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts hinein. So schwer wurde es den criminalpolitischen Erwägungen und einem humanen Gesichtspuncte festen Fuss zu fassen, im Kampfe mit der festgewurzelten und an sich vollkommen begründeten Ueberzeugung von der Verbrechensnatur des Selbstmordes. —

Die Unverzichtbarkeit jener Bestandtheile der Rechtsfähigkeit hat also zur Folge, dass ein Verbrechen vorliegt, mag immerhin der Thäter nach Rechtsvorschrift mit Strafe verschont bleiben, und daraus folgt wiederum ganz von selbst, dass der Anstifter oder Helfer zu Selbst-

mord, Selbstverstümmelung, Selbstverkauf straflos bleiben nicht darf, weil und soweit jene criminalpolitischen Gründe einzig in der Person des Thäters zutreffen. Und es sind die bereits oben (§. 43. a. E.) angezogenen Gesetzgebungen vollkommen auf dem rechten Wege, wenn sie die Anstiftung und Hülfe („Theilnahme") zu diesen Verbrechen mit Strafe bedrohen, da dies schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ergibt.

Nur verwirrend ist es, wenn

Berner, Lehrb. §. 83. Grunds. §. 57.

seiner abweichenden Ansicht die Bemerkung hinzufügt, natürlich könne der Dritte, welcher an der tödtenden Handlung selbst sich betheiligt, straflos nicht sein. Dieser ist ja eben Mitthäter, also weder blosser Helfer noch blosser Anstifter, wovon hier allein die Rede.

Noch von einem anderen Gesichtspuncte gelangen wir zu unserem Ergebniss. Die Tödtung, Verstümmelung u. s. f. eines Einwilligenden ist strafbar, ist schlechthin Tödtung etc., mag immerhin die Einwilligung des Getödteten bei der Strafzumessung ins Gewicht fallen. Darüber ist kein Zweifel. Dann aber muss die Hülfe oder Anstiftung zur Selbsttödtung des Einwilligenden (welcher mit dem Anstifter oder Helfer die That beredet, vereinbart hat) nothwendigerweise eine verbrecherische Betheiligung an der That des Selbstmörders u. s. w. enthalten. Nimmt man doch — s. schon

Köstlin, N. Rev. a. a. O. —

längst und allgemein an, dass Verletzung des Einwilligenden und Selbstverletzung untrennbare Fragen bilden. — Der Thatantheil, vereinigt mit dem Schuld- und Mitschuldantheil, je nach dem Umfange der Mitwirkung und der geistigen Einwirkung auf den Selbstmörder etc., muss das rechte Strafmass hier wie sonst ergeben.

Es fehlt also weder am Thäter, noch am Verbrechen. Jeder hierauf fussende Einwurf ist eine Angriffswaffe, welcher nicht etwa blos die Spitze, sondern Heft und Klinge fehlt. Ferner aber wende man nicht ein: ohne Strafe kein Verbrechen. Aus dem unbestreitbaren Satz: nulla poena sine crimine (delicto) folgt eben nichts weniger als das Umgekehrte: nullum crimen (delictum) sine poena. Das positive Gesetz, welches die Straflosigkeit einer an sich verbrecherischen Handlung ausspricht — sei es aus Gründen der Criminalpolitik, oder der Billigkeit, sei es aus welchem Grunde immer — dieses Gesetz mag zwar nicht blos den Thäter, sondern die That selber für straflos erklären

s. Berner, Grunds. §. 31,

jedenfalls aber doch nur die That des Thäters, in dessen Person

allein der Straflosigkeitsgrund zutrifft. Die an sich verbrecherische Natur der Handlung in Abrede oder auch nur in Zweifel stellen zu wollen, das fällt dem Gesetze sicherlich nicht ein; um ebensoviel weniger denn einen Anstifter oder Helfer des Thäters für straflos zu erklären, auf dessen Person jene Straflosigkeitsgründe auch nicht einmal ihren Schatten werfen.

Hierauf muss ich, im Uebrigen unter Verweisung auf die dogmengeschichtliche Entwickelung dieser Streitfrage

> vgl. u. A. Hälschner, Syst. I. §. 63 („Die Selbstbeschädigung") und Anm.
> Geib, Lehrb. II. S. 204—210.
> Wächter, N. Arch. des Cr. R. Bd. X.

an diesem Orte meine Beweisführung beschränken. Die Stützen meiner Ansicht in der neueren Gesetzgebung — Stützen, weder schwach noch gering an Zahl — sind bereits oben (§. 43. a. E.) angezogen worden. —

Ganz andere, aber ebenfalls nur criminalpolitische Gründe haben neuere Gesetzgebungen veranlasst, aus dem Antragsvergehen des sog. Familiendiebstahls (rectius: Entwendungen unter Gliedern Einer Familie) Einen Fall als ganz straflosen herauszuschälen: Diebstahl und Unterschlagung, begangen von leiblichen Ascendenten an deren Descendenten, und von Ehegatten unter einander.

> Bad. St. G. B. §. 388. Preuss. St. G. B. §. 228.
> Vgl. über die Entstehung des letztgen. §. Beseler, Komment. etc. S. 433—439.

Bezeichnend aber ist der Zusatz in Al. 2 des Preussischen Gesetzbuchs a. a. O.:

> „Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf andere Personen, welche als Theilnehmer oder Hehler schuldig sind."

Befremden muss die Fassung dieser Stelle, welche offenbar nach dem rechten Ausdruck sucht, ohne ihn zu finden. „Betheiligt" oder gar „mitschuldig sind", mögte der Gesetzgeber ungern sagen; einmal der scheinbaren Tautologie wegen: betheiligte Theilnehmer — aber mit Unrecht, denn die Betheiligung schliesst Thäterschaft wie Theilnahme in sich (s. z. B. §. 195 dess. G. B.) —, sodann und vor Allem, weil sie betheiligt (mitschuldig) sein würden an einer straflosen That. Auch dieses Bedenken entbehrt hinreichenden Grundes; denn an einer an sich verbrecherischen, wenn gleich für den Thäter straffreien, That ist verbrecherische Betheiligung vollkommen denkbar, und die Bezeichnung mit diesem Wort unanfechtbar. Und was wird gewonnen durch jenes „schuldig sind"? Auch hier fragt man: Schuldig, woran? Die

Antwort lautet: an der — für den Thäter freilich straflosen — verbrecherischen That.

Der Sinn aber ist klar genug. „Theilnehmer“ sind nach §. 34 des St. G. B. technisch: Anstifter und Helfer. Daneben stellt sich die zum Sondervergehen ausgebildete Theilnahme des „Hehlers“. — In der ganzen Bestimmung liegt nicht etwa eine Ausnahme von der Regel: wo kein Verbrechen, da ist auch keine strafbare Betheiligung; denn dieser Satz duldet keine Ausnahme. Sondern es liegt darin nichts Anderes als eine Anerkennung des Grundsatzes: dass die ausnahmsweise Straflosigkeit der That des Thäters

1. die an sich verbrecherische Natur derselben unberührt lässt; so dass

 Berner, Lehrb. §. 161. Anm. 6.

 mit Unrecht sagt „eine Unterschlagung etc. können Ehegatten gegen einander nicht begehen“; das Gesetz sagt: es ist Unterschlagung, aber diese soll lediglich „nicht bestraft werden“;
2. auf besonderen, die Person des Thäters, oder des Verletzten, oder das Verhältniss zwischen Beiden, oder die Beschaffenheit der That berücksichtigenden criminalpolitischen Gründen beruht, nicht auf einem Strafrechtsgrunde,
3. die Strafbarkeit solcher am Verbrechen oder Vergehen betheiligten Personen in keiner Weise ausschliesst, in deren Person, Stellung und Verhältniss zum Verletzten, oder Thätigkeit jene criminalpolitischen Gründe überall nicht zutreffen. Der Vollständigkeit halber hätten freilich als „andere Personen“ ausser Theilnehmern (und Hehlern) auch „Mitthäter“ genannt werden müssen.

Die ratio der Straflosigkeit jener Thäter bedarf keiner Erörterung. Zur Heilighaltung des Familienbandes, dem das positive Recht überhaupt nur mit scheuer Zurückhaltung nahe tritt, kommt hier hinzu, dass durch Zulässigkeit des Strafantrages (vgl. §. 229 des St. G. B.) und der Bestrafung die Pietät verletzt, die Auctorität für immer gebrochen, das eheliche Band zerrissen würde. Die Sühne bleibt ohnehin nicht aus, wozu noch Strafe! —

Unerledigt ist noch die Frage

III. Kann bei dem Nothstande von strafbarer Anstiftung oder Hülfe die Rede sein?

Hier müssen wir von vornherein solche Fälle ausnehmen, in welchen der Anstifter oder Helfer zu den nahen Angehörigen des im Nothstand befindlichen Thäters selbst gehört. Denn hier würde Er-

sterer auch dann straflos bleiben müssen, hätte er zur Rettung des Letztgenannten die That selbst vollführt — der Nothstand unsrer Angehörigen ist für uns eigner Nothstand —; um so mehr denn, wenn er lediglich den naheverwandten Thäter zur Rechtsverletzung im Nothstande angestiftet, oder bei derselben unterstützt hat.

Ueberhaupt hat die ganze Frage nur geringe praktische Bedeutung, wir räumen es ein. Die Plötzlichkeit der Gefahr, die über den Bedrohten hereinbricht und dessen rettende That veranlasst, mag meist jegliche Betheiligung Anderer ausschliessen. Nicht selten wird auch der Anstifter beziehungsweise Helfer in gleichem Nothstande mit dem Thäter sich befinden, und nur der Selbstthat nicht gewachsen sein. Dennoch bleiben Fälle denkbar, welche hierher gehören, Fälle in denen der Satte den Hungrigen, der Nichtgefährdete den Gefährdeten zur Nothstandhandlung bewegt oder bestärkt oder durch eigene Thätigkeit unterstützt.

Im Vorwege aber scheint es geboten, die vielbestrittene Frage zu entscheiden:

Ob die im Nothstande begangene That selbst an sich Verbrechen aber „von Strafe entschuldigt“, oder kein Verbrechen, wenn gleich Rechtsverletzung, oder endlich weder das eine noch das andere sei. Ich muss demnach meinen Standpunct zu den verschiedenen Theorien über die Straflosigkeit der Nothstandsthat, welche ich in der trefflichen Schrift von

> Berner. De impunitate propter summam necessitatem proposita. Disput. Berol. 1861.

nicht ganz vollständig referirt finde, in Kürze klar stellen. Die dabei von mir befolgte Terminologie wird der Aufklärung nicht bedürfen.

Ich verwerfe nun

a. die Nothrechts- oder Collisionstheorie. Dadurch, dass A im Nothstand sich befindet, hört das Recht des B, durch dessen Verletzung A sich zu retten vermag, keineswegs auf das Recht des B zu sein. Es geräth überhaupt nicht in Collision mit der Rechtssphäre des A, ebensowenig durch jene factische Möglichkeit wie durch seine factische Nähe! Ist nun die Rechtsverletzung ungeachtet des Nothstandes (Anlass der Verletzung) unbestreitbar, so ist ferner die Anforderung des strengen Rechts — der Rechtsordnung in diesem Verstande —, dass Niemand eine an sich verbrecherische Handlung begehe, auch nicht im Interesse der eigenen Wohlfahrt, offenbar übertreten und das Verbrechen oder Vergehen an und für sich begangen.

Ich finde sodann

b. die Imputabilitäts- oder Unzurechnungsfähigkeitstheorie ungenügend. Schon darum, weil die Erfahrung lehrt, dass Nothstandsverletzungen keineswegs stets in einem Zustande momentan aufgehobener Zurechnungsfähigkeit, sondern ebenso oft mit klarem Vorsatz, ja reiflicher Ueberlegung verübt werden.

Allein es befriedigt mich in der That ebensowenig

c. die gemischte Theorie, die

Berner a. a. O. pag. 10—13

begründet, auch dem

Lehrb. §. 85.

einverleibt hat, und welche, auf einer Abwägung des bedrohten und des verletzten Rechts fussend, zwischen Fällen der Entschuldigung (Excusation) und eines wahren Nothrechts (jus laedendi) unterscheiden will. Ich halte vielmehr

d. die Excusationstheorie für die allein richtige, begründe dieselbe aber durch Billigkeit, und nenne meine Theorie daher die Billigkeits- oder Aequitätstheorie. Nach strengem Recht, welches der Wohlfahrt des Einzelindividuums grundsätzlich Rechnung zu tragen nicht vermag, ist das Nothstandsverbrechen eben — Verbrechen. Allein es durchdringt in diesem Falle, wie in so manchen anderen, die Billigkeit das positive Recht selbst, dasselbe zum billigen Recht, zum jus aequum gestaltend.

Der Begriff der Billigkeit freilich wird von Manchen einseitig und daher unvollständig aufgefasst. So von Puchta als die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede und ihrer Ansprüche d. h. der Ungleichheit in den Verhältnissen und Subjecten gegenüber der gleichmässig durchgreifenden strengen Rechtsregel. So von Stahl als die gleichmässige Vertheilung von Vortheil und Last unter den Theilhabern an demselben Rechtsverhältnisse. Ich fasse Billigkeit als die vom rechtserzeugenden Factor vollzogene Ausgleichung der Rechtsordnung mit den gegebenen Lebenszuständen. Das strenge Recht strebt die Verhältnisse sich, die Billigkeit strebt sich den Verhältnissen anzubequemen. Dies erreicht sie auf doppeltem Wege, bald

1. durch Erhebung eines jus singulare zum jus commune, indem die Ausnahmenatur des ersteren getilgt wird. Ratio: die Unangemessenheit (Unbilligkeit) der Rechtsverschiedenheit oder Rechtsungleichheit, weil die Gleichmässigkeit Anerkennung fordert, z. B. Aufhebung von Einzel- oder Standesvorrechten und Herstellung der Rechtsgleichheit Aller, der Betriebsfreiheit etc. — bald

2. umgekehrt durch Aufstellung eines jus singulare gegenüber dem jus commune, als Ausnahme von diesem, also durch Hervorrufen einer Ausnahmesatzung für besondersgeartete Verhältnisse. Ratio: die Unangemessenheit (Unbilligkeit) der Rechtsgleichheit, weil die Verschiedenheit des Zustandes oder Verhältnisses Würdigung beanspruchen darf.

In letzterer Function tritt die aequitas da auf, wo sie den Nothstand von der Strafbarkeit ausnimmt, eximirt. Die Billigkeit verlangt nämlich ausnahmsweise hier Straflosigkeit des Verbrechens oder Vergehens, indem sie fordert, dass der Selbsterhaltungstrieb und Egoismus des Thäters, weil in der Menschennatur begründet, respectirt werde. Der Verbrecher im Nothstande, welcher jenen naturgemässen Eigenschaften zufolge die eigene Wohlfahrt der Achtung einer fremden Rechtssphäre vorzog, wird daher nach positivem aber billigem Recht „von Strafe entschuldigt", vorausgesetzt dass das Missverhältniss zwischen dem bedrohten eigenen und dem von ihm verletzten fremden Rechte ein allzugrosses nicht ist. Auf diesem Standpuncte steht m. E. bereits die P. G. O., und zwar nicht blos in dem überall angezogenen

Art. 166 (vgl. auch Art. 175),

der bei Gelegenheit des Diebstahls vom vorsätzlichen Nothstandsvergehen redet („Stelen inn rechter hungers nott" — „Ob aber der selbigen Dieb eyner unsträfflich erlassen würd"), sondern auch, zunächst mit Beziehung auf fahrlässige Tödtung im Nothstande, im

Art. 145 (Bamb. Art. 171):

So eyner inn rechter notweer eynen vnschuldigen wider seinen des thätters willen entleibt.

Item so eyner inn eyner rechten bewisen notweer wider seinen willen eynen vnschuldigen mit stichen, streychen, würffen oder schiessen, so er den nöttiger meynt, treff vnd entleibt hat, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt.

Dennoch wird diese wichtige Stelle meist übersehen. Der A, welcher sich dem Angreifer B gegenüber in Nothwehr befand, hat den „unschuldigen" C offenbar im Nothstande getroffen und entleibt. An sich sind hier zwei Fälle denkbar, deren einen allein die P. G. O. erwähnt: Entweder der A entleibte den unbetheiligten C vorsätzlich (mit seinem Willen), um vor dem Angriff des B sich zu retten; oder sein gegen den B gerichteter Vertheidigungsschlag traf unvorsätzlicherweise (wider seinen Willen) den z. B. vorübergehenden C. Dieser letztgenannte Fall beschäftigt ausschliesslich unseren Artikel, arg. „wider seinen

willen" — „so er den nöttiger meynt, treff" etc. Die Entleibung des unschuldigen C würde unter anderen Umständen (etwa bei rechtswidrigem Angriff auch des A gegen den B, oder bei Gelegenheit eines Zweikampfes zwischen Beiden) eine aberratio delicti enthalten, den A der fahrlässigen Tödtung des C schuldig machen. Hier dagegen wird — und zwar einzig des Nothstandes wegen, welchen der Nothwehrzustand für den angegriffenen A zur Folge hatte — der A von der Strafe der fahrlässigen Tödtung des C entschuldigt. Ganz dasselbe würde aber gelten müssen, wenn A, durch Angriff des B am Leben bedroht, die Tödtung des seiner Flucht im Wege stehenden (unschuldigen) C als Rettungsmittel benutzt, denselben also „mit seinem Willen", vorsätzlich aber im Nothstande entleibt hätte.

Somit hat die P. G. O. a. a. O. nicht nur anerkannt, dass der rechtswidrig Angegriffene dem Angreifer gegenüber in Nothwehr, Dritten gegenüber aber im Nothstande sich befinden kann, sondern auch die Straflosigkeit des vorsätzlichen Nothstandvergehens auf das fahrlässige — die an sich zur culpa zurechenbare aberratio inculpatae tutelae — zur Anwendung gebracht.

Den Nothstand als Erklärungsgrund übersieht gleich den von ihm angezogenen Vorgängern auch

Kress. Comment. succ. in C. C. C.,

wenn er die Disposition des Art. 145 in Not. 3 so auslegt:

> „Wider seinen Willen." Quod de exclusione doli mali capio, aut insignis oscitantiae culpaeque. Nam ad sui necessariam defensionem licet quoque scienti volenti tertium occidere, siquidem in hac specie licito fine, nempe sui defensione, licita quoque debent esse necessaria finis media.

Vgl. ebendas. Not. 1. med.

wo Kress vielmehr den casus „illius, qui ad vitae suae conservationem alterius panem abstulerit, aut equum pessum dederit" dem casus des Art. 145 gegenüberstellt. —

Wenn aber die Billigkeit den Nothstandthäter entschuldigt, weil er im Interesse der eigenen gefährdeten Wohlfahrt handelte, dann muss sie m. E. auch die entsprechende Fürsorge für die fremde gefährdete Existenz da für straflos erklären, wo dieselbe anstiftend oder helfend hinzugetreten ist. M. a. W. der Anstifter und der Helfer des Nothstandverbrechers hat gleichfalls billigen Anspruch auf „Entschuldigung" von der Strafe.

Die civilrechtlichen Grundsätze über Schadenersatz — soweit ein ersetzbarer Schade in concreto vorliegt — werden natürlich durch die Lehre vom Nothstande überall nicht berührt.

Zum Schluss sei erwähnt, dass ich es für höchst zweifelhaft halte, ob in den von

Köstlin, Syst. §. 15. 1)

angezogenen Fällen, wo das positive Recht den Thäter für straflos erklärt (Tödtung des Ehebrechers, des nächtlichen Diebes), diese Straflosigkeit auf den Anstifter und Helfer schlechthin sich erstrecken kann. Umsomehr, als man heute geneigt ist, hier den Affect des Thäters als Straflosigkeitsgrund aufzustellen. Der concrete Fall muss zeigen, ob ein gleicher Grund bei den betheiligten Nichtthätern massgebend erscheint. Für Nichtstraflosigkeit des „tertius" erklärt sich, wie wir oben sahen (§. 28),

Boehmer. Observ. I. ad Carpzov. Pract. nov. I. Qu. 4.

§. 49.

Fernere besondere Fälle und Fragen.

Durch das oben §. 43 unter 1. und 2. für den Anstifter festgestellte Ergebniss ist bereits die Bahn geebnet zur Lösung der Frage:

> Inwiefern sind die Erschwerungs- beziehungsweise Milderungsgründe des Verbrechens in der Person nur des Thäters auch dem Helfer, und umgekehrt die nur in der Person des Helfers vorhandenen auch dem Thäter in Anrechnung zu bringen?

Selbstverständlich setzen wir hier mit dem Verbrechen connexe, nicht rein individuelle Gründe beiderlei Art (wie Rückfälligkeit, Jugend) voraus, und ferner, dass die eigenthümliche Qualität des einen Theils dem anderen vollkommen bekannt war.

Die Literatur der „herrschenden" und der davon wesentlich abweichenden „richtigen" Ansicht stellt zusammen

Geib, Lehrb. II. S. 379 ff.

Meine Auffassung ist, wie gesagt, durch frühere Erörterung bereits angebahnt, bedarf daher nur kurzer Ausführung.

a. Die besonderen Eigenschaften finden sich in der Person des Thäters, nicht des Helfers.

Der Thäter ist Sohn oder Ehegatte des Gemordeten, Dienstbote oder Naheverwandter des Bestohlenen, Beamter, Bruder der Ge-

schändeten, die Thäterin ist uneheliche Mutter des getödteten Kindes u. s. f. Verbrechen und Strafgesetz bestimmen sich lediglich nach dem Thäter. Es liegt also vor: Vatermord, Gattenmord, Hausdiebstahl, Familiendiebstahl, Amtsverbrechen, Blutschande, Kindesmord. Und zu diesen Verbrechen hat der Extraneus-Helfer seine Hülfe geleistet, diesem Strafgesetz ist mit dem Thäter auch er verfallen. Schon das römische Recht stand dieser Erkenntniss nicht fern, wie u. A. zeigen die

§§. 6. 9. J. de publ. judic. 4, 18.

Der erstgenannte §. 6. fand bereits früher (S. 258 ff.) Verwendung. Es stimmt aber damit überein der §. 9. l., welcher von der Lex Julia peculatus handelt, verb.

— — ipsi Judices — — capitali animadversione puniantur, et non solum hi, sed etiam qui ministerium iis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas (sc. pecunias) ab his scientes susceperint.

Ein Beweis, dass der Grund der Entscheidung des §. 6. h. t. nicht etwa in einer Singularität der Lex Pompeja de parricidiis zu suchen ist.

Allein es kommt doch unzweifelhaft für beziehungsweise gegen den Extraneus-Helfer strafmindernd beziehungsweise straferhöhend der Umstand in Betracht, dass eben er in dem betreffenden mildernden beziehungsweise erschwerenden Verhältnisse zum Gegenstande des Verbrechens nicht stand. Zwar unterstützte er wissentlich einen Vatermord, Gattenmord — allein er war doch eben Kind, Gatte des mit seiner Hülfe Gemordeten nicht. Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens also muss seine Strafe so zugemessen werden, dass er seiner Hülfe wegen minder schwer beziehungsweise schwerer bestraft wird, als ein Helfer von gleicher Eigenschaft wie der Thäter, welcher dieselbe Hülfe geleistet hätte. Wer noch zweifeln wollte, den müsste sofort der wenigstens bei Vatermord, Haus- und Familiendiebstahl, Amtsverbrechen, Incest denkbare Fall eines Besseren belehren, in welchem gleich wirksame Hülfe einem solchen Thäter von zwei Helfern geleistet ist, deren einer (A) mit dem Thäter von gleicher Qualität (sog. socius specialis), deren anderer B ein extraneus (socius generalis) war. Natürlich ist der zum Vatermorde hülfeleistende Sohn strafbarer als der helfende extraneus, der zum Hausdiebstahl helfende Mitdienstbote strafbarer als der hülfeleistende Fremde.

In Consequenz meiner Ansicht muss auch der zum Kindesmorde helfende extraneus lediglich nach dem Gesetz bestraft werden, welches für Kindesmord gilt, aber freilich innerhalb des Strafrahmens als straferhöhend für ihn in Betracht gezogen werden, dass er eben in dem eigenthümlichen Zustande und Verhältnisse der Thäterin (der unehel. Mutter) sich nicht befinden konnte, nicht befunden hat (vgl. dieselbe

Entscheidung hinsichtlich des Anstifters oben §. 43. 2). Anders entscheidet hier bekanntlich das

Preuss. St. G. B. §. 180. Al. 2. verb.

„nimmt eine andere Person an dem Verbrechen des Kindesmordes Theil, so kommen gegen dieselbe die Bestimmungen über Mord und Todtschlag sowie über die Theilnahme an diesem Verbrechen zur Anwendung".

Ich vermag hierin den logischen Widerspruch nicht zu verkennen (A. M. Hälschner, Syst. II. §. 17. S. 113 ff.). Die andere Person „nimmt Theil an dem Verbrechen des Kindesmordes", so spricht das Gesetz mit dürren Worten. Und in demselben Athem fügt es hinzu: diese andere Person ist wegen Theilnahme an einem gemeinen Morde etc. — also nicht am Kindesmorde! — zu bestrafen. Das heisst doch sagen: Du bist Helfer (Anstifter) zum Kindesmorde, also Theilnehmer an diesem Verbrechen; aber Du wirst bestraft als Theilnehmer (Helfer, Anstifter) an einem anderen, schwereren Verbrechen, welches also — Niemand begangen hat, bei dem es an einem Thäter allganz fehlt!

Man wende mir nicht ein: das Gesetz betrachte hier den extraneus als Thäter eines gemeinen Mordes oder Todschlags. Im Gegentheil; das Gesetz bezeichnet ihn ausdrücklich als Theilnehmer am Verbrechen des Kindesmordes.

Noch mehr. Im unmittelbar folgenden §. 181 des St. G. B. wird die Kindesabtreiberin, die Schwangere selbst, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bedroht, und hinzugefügt (Al. 2):

„Derjenige, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel angewendet oder verabreicht hat, wird mit der nämlichen Strafe belegt".

Also dem Anschein nach nicht blos der Mitthäter, sondern auch der blosse Helfer der Kindesabtreiberin. Hier kehrt das Gesetzbuch zu der soeben verlassenen Consequenz zurück, dass Verbrechen und Strafgesetz für den Helfer durch die That des Thäters allein bestimmt werden. —

b. Die besondere Eigenschaft findet sich in der Person des Helfers, nicht aber des Thäters.

Hier ist in allen obengenannten Fällen das Verbrechen ein einfaches (gemeines), nicht das qualificirte beziehungsweise „privilegirte". Der Helfer ist Sohn, Gatte des Gemordeten, Dienstbote oder Naheverwandter des Bestohlenen, Beamter, Bruder der Geschändeten, die Helferin ist unehel. Mutter des getödteten Kindes u. s. f. Der Extraneus-Thäter bestimmt Verbrechen und Strafgesetz. Es liegt also

vor: gemeiner Mord, einfacher Diebstahl, kein Amtsvergehen (sondern ein delictum commune), keine Blutschande (sondern einfaches stuprum), gemeiner Mord an einem Kinde. Innerhalb des hierfür bestimmten Strafrahmens steigt beziehungsweise fällt die Strafbarkeit des Helfers nach Massgabe des in seiner Person zutreffenden besonderen Strafzumessungsgrundes. Oder wollte Jemand in Zweifel ziehen, dass der Sohn oder Gatte, welcher zur Ermordung seines Vaters beziehungsweise seiner Gattin Hülfe leistet, höhere Strafe verdient, als ein Extraneus-Helfer in demselben Falle! Dies gelangte neuerdings zur Anerkennung in der bereits oben (§. 43) erwähnten Criminalsache, welche jüngst (1868) die volle Aufmerksamkeit der Criminalisten Deutschlands in Anspruch nahm. Ich meine den Process Ebergenyi-Chorinsky, der gegen Erstgenannte zu Wien, gegen Letztgenannten zu München verhandelt und abgeurtheilt wurde. Die Ebergenyi hatte an der Gräfin Chorinsky Giftmord begangen. Der Gatte der Gemordeten, Graf Chorinsky, wurde vom Schwurgerichtshofe — da nicht mit Bestimmtheit ermittelt war, dass er als Anstifter betheiligt gewesen — der Theilnahme am Morde durch Hülfeleistung schuldig erkannt, und sein eheliches Verhältniss zur Ermordeten bei der Strafzumessung ausdrücklich als erhöhender Umstand in Betracht gezogen.

Möglich, dass für den zum delictum commune hülfeleistenden Beamten mit dieser Hülfsthätigkeit obendrein ein besonderes Amtsvergehen concurrirt; allein auch im entgegengesetzten Falle wird man dem Beamten, welcher das gemeine Verbrechen eines Nichtbeamten pure unterstützt hat, höhere Strafe zumessen als einem hülfeleistenden Nichtbeamten in gleichem Falle, und zwar wegen des näheren Verhältnisses, in welchem er zum Organismus der Staats- oder gar der Rechtsordnung steht. Immer aber bleibt er doch in der Rolle eines Helfers. Weiter geht das

Preuss. St. G. B. §. 328,

indem es für den Fall, wo ein Postbeamter dem Nichtbeamten bei Eröffnung oder Unterdrückung von Briefen etc. „wissentlich Hülfe leistet“, die singuläre Bestimmung zu treffen scheint, dass ein solcher Helfer mit gleicher Strafe belegt werden soll, als wenn er Thäter wäre.

Das einfache Stuprum freilich ist nach heutigem Recht eine strafbare Handlung nicht; folglich auch die Hülfe des Bruders der Geschändeten nur dann strafbar, wenn dessen Handlung unter das Sonderverbrechen der Kuppelei subsumirt werden kann. Dagegen wird man schwerlich anstehen, bei der unehelichen Mutter, die während oder „gleich nach der Geburt“ zur Tödtung ihres Kindes dem Mörder

Beistand leistet, deren Lage und Stellung als einem Strafminderungsgrunde gerecht zu werden. Steht aber die absolute Strafbestimmung dem im Wege — und vermag auch z. B. der §. 35. 1) des Preuss. St. G. B. keine Hülfe zu gewähren —, dann freilich wird nur theilweiser Straferlass im Wege der Gnade aushelfen können. —

Allein auch für den Thäter wirkt der Umstand straferhöhend, dass er einen Sohn oder Gatten des Gemordeten zur Hülfe bestimmt oder darin bestärkt hat, dass er von einem solchen Helfer wissentlich sich unterstützen liess. Und umgekehrt wird es — soweit der Strafrahmen dies gestattet — für den Mörder eines fremden Kindes strafmindernd ins Gewicht fallen müssen, dass er durch die Hülfe eben der unehelichen Mutter selbst sich bestärken und unterstützen liess. Stellen wir nur den Fall daneben, wo er mit Hülfe eines Mordgesellen das fremde Kind getödtet hätte. —

Ich lebe der Hoffnung, dass diese Theorie in allem Wesentlichen bald allgemeine Anerkennung sich erkämpfen wird. Für den Gehülfen, aber freilich inconsequenterweise nicht für den Anstifter — wiederum ein Ausfluss der Vorstellung vom „intellectuellen Urheber" —, wird dieselbe bereits angenommen von

Langenbeck, Theiln. §. 85.

Vgl. auch das Würtemb. St. G. B. §. 87.

Und damit wäre wiederum ein unheilvoller Streitapfel entfernt, nämlich die Eintheilung der Helfer in socii generales und speciales. Angebahnt, wenn gleich keineswegs erreicht, wurde die reinere Auffassung bereits von

Luden, Abhh. aus dem Strafr. (1836). Bd. II. S. 356 ff.

und in

Dessen Comment. De socio delicti generali et speciali. Jen. 1845.

Während dieser Criminalist am letzteren Orte (pag. 11. sqq.) hinsichtlich unsrer Frage a. die richtige Meinung, wenn gleich aus Gründen, denen ich nicht überall beipflichte, und nicht in der von mir vertheidigten vollen Ausdehnung, bereits vertritt, lässt er dagegen die Entscheidung der Frage unter b. noch im Argen (pag. 10. 19).

§. 50.

Arten der Hülfe.

In den herkömmlichen Eintheilungen der „Beihülfe" oder „Gehülfenschaft" sieht

Berner, Lehrb. §. 108. letzte Anm.

einen „unerträglichen Schulstaub". Uebermässige Anhäufung dieser Distinctionen ist unleugbar; allein „zahllos" würden sie nur dann geworden sein, wäre man auf dem von

Borst, N. Arch. des Crim. R. Bd. VII. S. 690 ff.

betretenen Wege fortgeschritten. Berner selbst scheint a. a. O. lediglich aufrechtzuerhalten: die Rath- und Thatgehülfenschaft (sog. intellectuelle und physische Beihülfe), und gewissermassen auch die generelle und specielle.

Wird es gelingen, alle übrigen aus Theorie und Praxis zu verdrängen? Ich bezweifle es. Denn während a) einzelne jener Eintheilungen allerdings theils verwerflich theils überflüssig erscheinen, halte ich b) andere für nicht ganz werthlos, weil in der That verschiedene Gestaltungen der Hülfe kennzeichnend, und wiederum c) noch andere Unterscheidungen für solche, die keineswegs genügender Würdigung sich erfreuen.

Der ersten Ordnung (a) fällt auch für mich anheim die Unterscheidung des Haupt- und Nebengehülfen. Jeder Helfer ist Nebenbetheiligter, denn die Hülfe ist ein accessorium der verbrecherischen That. Und — ganz abgesehen von der grundfalschen Gleichstellung des sogenannten Hauptgehülfen mit dem Thäter, welche noch in unserem Jahrhundert gestützt auf die Auctorität eines Feuerbach als Glaubenssatz dastand — jene Eintheilung würde ad calendas graecas bestritten bleiben, da die Grenze zwischen Haupt- und Nebenhülfe unerfindlich ist. Ganz dasselbe trifft die neuere Metamorphose der Distinction in „wesentliche" und „nichtwesentliche" Theilnahme. Ja mehr noch. Diese leidet an dem Gebrechen noch grösserer begrifflicher Unklarheit; denn wesentlich ist die Hülfe überhaupt niemals, nämlich jure wesentlich. Factische Wesentlichkeit aber ist ein innerer Widerspruch.

Vgl. überdies Hälschner, Syst. I. S. 338.

Nur Soviel konnte und durfte man sagen: die Hülfe, als Unterstützung der thäterischen Begehung, ist bald mehr bald minder wirksam. Der Helfer trägt demnach einen mehr oder weniger grossen That-, Schuld- und Mitschuldantheil. Diese einfache Wahrheit aber konnte die Grundlage für eine Eintheilung nicht abgeben. Denn jener Unterschied ist lediglich „quantitativer" Beschaffenheit, ein Ergebniss des Masses, nicht eine Unterscheidung der Hülfe ihrer Art nach.

Ferner mögte ich mit denen nicht rechten, welche geneigt sind, die vorausgehende, gleichzeitige und nachfolgende Hülfe fallen zu lassen. Die letztgenannte hat im Lauf der Zeit zu dem Sonderbegriff der Begünstigung sich gestaltet, wenigstens für den Fall, wo ihr keinerlei der

That Vorausgehendes beigemischt ist, also insbesondere keinerlei vorgängige Zusage oder Abrede. Die erstgenannte dagegen müsste streng aufgefasst eine solche sein, die vor dem Beginn der That d. h. der Begehungshandlung vollkommen abgeschlossen erschiene, also lediglich zur Entschlussgestaltung des Thäters oder lediglich zur Vorbereitung der That unterstützend mitgewirkt hätte. Dies aber wäre dann eben nur scheinbar der Fall; denn

1. diese Hülfe würde dennoch naturgemäss fortwirken in der That des Thäters, indem ja dieser durch sie gestärkt und gefördert das Verbrechen beginge,
2. sie wäre demgemäss hinsichtlich ihrer Strafbarkeit ebensowenig abgeschlossen, sondern vom Beginn und Fortschritt der thäterischen Begehung abhängig.

Die zweitgenannte endlich, welche mit übergrosser Strenge

Geib a. a. O. S. 375

für „logisch undenkbar“ erklärt, muss aufgefasst werden als eine nur während der That (Ausführung) geleistete. Dies aber ist

1. sicherlich ein höchst seltener Fall, da Hülfe meist im Vorwege verheissen wird, also bereits vor der That wirksam sich erweist, sodann
2. insofern dennoch eine vorausgehende Wirksamkeit, als dieselbe vor dem Abschluss der That muss geleistet sein.

Nichtsdestoweniger widerstrebt es dem geschichtlichen Zuge unsrer Wissenschaft, diese Eintheilung verwerflich zu nennen. Denn quellengemäss ist dieselbe (s. oben §§. 23—25); sie dient dazu, die begriffliche Zusammengehörigkeit von Hülfe im engeren Verstande und sogenannter Begünstigung dem schwachen Gedächtniss unsrer Zeit zu bewahren; und Zeiteintheilungen, auf Begriffe verwerthet, sind für die Rechtsanwendung — wenn nicht hier, doch anderswo — unentbehrlicher Nothbehelf.

Der zweiten Ordnung (b) fällt vornämlich zu die Unterscheidung der positiven und negativen Hülfe, richtig aufgefasst: der durch Thun beziehungsweise Unterlassen gewährten Unterstützung. Ich räume ein, dass letztere lediglich dann Hülfe im eigentlichen Verstande genannt werden darf, wenn sie dem Thäter im Einverständniss bekannt, also verheissen ist, sei es vor sei es im Beginn der That. Auszusondern sind daher Fälle derjenigen negativen — aber auch der positiven (s. oben §. 32) — Hülfe, die dem Thäter zwar vorsätzlich geleistet wird, allein nicht für dessen Bewusstsein, d. h. ohne Einverständniss mit demselben. Beispiele: ein Nachtwächter, welcher den Dieb zur

That schreiten sieht, drückt selbst ungesehen darüber ein Auge zu (negative oder uneigentliche Hülfe durch Connivenz); dann der im §. 32 sub c. i. A. erörterte Rechtsfall, wo der B ohne Wissen des Diebes A diesem eine Pforte eröffnet hat (positive aber uneigentliche Hülfe). Jedenfalls aber ist der Umstand für die strafrechtliche Würdigung nicht ganz unerheblich, in welcher Form oder Gestalt die eigentliche Hülfe aufgetreten ist, ob durch Thun oder Unterlassen, da im letzteren Fall das Miteingreifen in die verbrecherische Thätigkeit durch äusserlich erkennbare („scheinliche") Werke d. h. solche, die thatsächlich der „Aussenwelt angehören", nicht vorliegt. Andrerseits aber verkenne ich in keiner Weise, dass die eigentliche negative Hülfe stets auch eine positive Beimischung trägt, nämlich darin, dass sie dem Thäter zugesagt oder sonstwie zum Bewusstsein gebracht wird, somit auf dessen Entschluss und Ausführung stärkend, fördernd einwirkt. Eben meine Theorie muss allerdings dieser Seite der Betheiligung ein besonderes Gewicht beilegen.

Reichere Ausbeute aber für das Wesen der Hülfe gewähren gewisse Unterscheidungen einer dritten Ordnung (c), zu deren Verwerthung schon meine Theorie dringend genug auffordert, die aber hinreichende Würdigung bisher nicht gefunden haben. Nämlich ausser der bereits oben erörterten unmittelbaren und mittelbaren Hülfe (s. §. 47. Helfer — Helfershelfer), die vorverständigte (vorberedete) und incidente (coincidente — weniger angemessen ist die Bezeichnung „zufällige"), endlich die (vom Thäter) angestiftete und die unangestiftete Hülfe. Diese Eintheilungen werden im folgenden §. ihre Verwendung finden.

Im Vorwege bedarf die Schuleintheilung, bis heute die Alles beherrschende, in: intellectuelle (auch psychische genannt — nur sage man nicht „psychologische"! s. Einleit. §. 2) und physische einer kritischen Ergänzung. Ich fasse, wie bereits ausgeführt worden, dieselbe anders, nämlich als: geistige (reingeistige) und gemischte (körperlich-geistige), oder in altherkömmlicher Reimform

s. Grimm, Rechtsalterth. pag. 13. 624 ff.
vgl. oben §§. 22 ff.

als: Rath- und Thathülfe, was auch neuerdings wiederum Anklang zu finden scheint.

Nicht das Alterthum, nicht das Mittelalter, sondern die neuere Doctrin ist es, welche dieser Unterscheidung einen übertriebenen Werth beigelegt hat. Dies eben sucht unsre Fassung des Unterschiedes von vornherein klar zu stellen. Der Unterschied — nicht Gegensatz —

besteht lediglich darin, dass der Thathelfer oder gemischte Helfer auch thätige und zwar körperliche Hülfe leistet, bestehe die Handlung übrigens in eigentlichem Thun oder in Unterlassen, der Rathhelfer keine solche. Das aber ist beiden gemeinsam, dass sie geistig, bestärkend auf den Thäter einwirken, dass jener auch dieses, dieser nur dieses zur Unterstützung der Begehung verwendet. Mit Einem Wort: der erstere verwerthet geistige und körperliche Kräfte zur Förderung des Thäters und der That, der letztere lediglich geistige.

Die Grenze ist dabei nichts weniger als rein gezogen, vielmehr der Unterschied nur nach dem Ueberwiegenden zu bestimmen, und vielleicht ebendarum die ganze Eintheilung in neueren Gesetzgebungen bald aufgegeben, bald nur schwach, oft obendrein unklar angedeutet.

Vgl. Bad. St. G. B. §§. 134. 135.

Preuss. St. G. B. §. 34. 2).

So besteht z. B. das Anleitunggeben (das „donner des instructions“ des Code pénal. art. 60) nicht selten in der Anweisung, wo der Thäter die Mittel zur Begehung finden könne. Ist das etwa wesentlich verschieden vom Herbeischaffen dieser Mittel und Werkzeuge? Ist es nicht vielmehr in dem Schaffen, Verschaffen mitenthalten? Und andrerseits: das Wache stehen, um den Thäter von der Annäherung Dritter zu benachrichtigen, ist nicht dieses wiederum der reingeistigen Unterstützung ebenso nahe verwandt, wie die blosse bestärkende Gegenwart am Thatorte? Dennoch sehe ich in der mangelhaften Abgrenzung keinen hinreichenden Grund zum Aufgeben der gesammten Eintheilung, aber freilich Grund genug, vor deren Ueberschätzung zu warnen.

§. 51.

That- und Schuldantheil des Helfers.

Allein es ist an der Zeit, unsre Theorie für die verbrecherische Hülfe zu verwerthen, nach derselben die Betheiligung des Helfers und dessen Schuld näher zu bestimmen.

I. Der Thatantheil. Bei dem reingeistigen oder Rath-Helfer tritt dieser weniger sinnlich wahrnehmbar hervor, und darin nähert sich dieselbe der Anstiftung. Der Rathhelfer legt gleich dem Anstifter seinen Willen in die That des Thäters hinein — Grund genug, Beides zusammenzustellen, wie im „Rath“ des Mittelalters (s. oben §§. 22 ff.) geschah, im Code pénal art. 60 noch heute geschieht —, allein nicht erweckend, als geistiger Schöpfer der That, sondern lediglich Entschluss und Ausführung bestärkend. Sein Thatantheil ist demnach ein ge-

ringerer, weil weniger wirksamer. Dasselbe trifft zu bei dem Thathelfer, nur minder rein oder ungemischt, da der unterstützende Rath hier durch die Unterstützungsthat gleichsam überwuchert wird. Denn dieser legt nicht blos seine Bestärkung in die Ausführung des Thäters hinein, sondern auch seine Unterstützungshandlung zu dessen That hinzu. Das consilium verkörpert sich zum auxilium; der suasor wird adjutor. Seiner Unterstützungshandlung fällt ein grösserer oder geringerer Bruchtheil der Ausführung anheim. Man bedenke z. B. folgende Stufenfolge: mit Vorsatz dem Thatobjecte (oder Betroffenen) keinerlei Beistand leisten oder die That nicht sehen wollen, während derselben sich ruhig verhalten (Connivenz); Wachestehen um Kundschaft zu geben; Wachestehen um Hinderndes fernzuhalten; Hindernisse der That durch positive Handlung hinwegräumen; Mittel und Werkzeuge zur Begehung verschaffen; solche Werkzeuge während der That in Bereitschaft halten oder darreichen; das Thatobject festhalten; Inempfangnahme oder Vertrieb des Genommenen oder des verbrecherisch angefertigten Gegenstandes. Die letztgenannten Unterstützungshandlungen haben sich meist zu Sondervergehen gestaltet.

Das Mittelalter, wie das germanische Alterthum, gaben jener Steigerung des Thatantheils bereits einen Ausdruck in Hervorhebung des haltbani und des Volleist (s. oben §. 22). Wir dürfen nicht anstehen, auch unsererseits dem objectiven Elemente in der Hülfe d. h. dem Mass und der Beschaffenheit der Unterstützungshandlung gerecht zu werden, ohne aber das subjective darüber aus dem Auge zu verlieren. Um aber dieses schärfer zu bestimmen, isoliren wir zuvörderst die Absicht des Helfers, und finden so dessen

II. Schuldantheil im engeren Sinne. Immer wird Vorsatz vorausgesetzt; dieser aber ist bald überlegter, bald übereilter. Im Falle der Vorverständigung mit dem Thäter über die Hülfleistung ist auch hier der erstere indicirt. Nicht so bei der incidenten (erst zur Zeit der That verständigten) Hülfe, die bald in Uebereilung bald nach Ueberlegung geleistet wird.

Diese isolirte Betrachtung des Helfervorsatzes aber — wir befassen darunter auch die Helferabsicht, s. oben §. 46 —, sie ist immerhin eine Abstraction. Eine Abstraction ist daher, wenn irgendwo so hier, die Aufstellung eines isolirten Schuldantheils. Denn dieser Vorsatz des Helfers — oder, wenn man den Ausdruck vorzieht, diese Helferabsicht — worauf ist sie gerichtet? Auf die Unterstützungshandlung, auf eine Thätigkeit also, die zur Begehung des Verbrechens durch den Thäter

hinzutreten, diese Begehung fördern will. Der Schuldantheil lässt schon dem Inhalt des Vorsatzes gemäss eine Trennung nicht zu von

III. dem Mitschuldantheil des Helfers. Lassen wir dabei die Frage, ob eine vom Thäter angestiftete Hülfe vorliegen mag, vor der Hand soweit möglich ausser Ansatz. Die Mitschuld des Helfers besteht in der mehr oder weniger energischen und wirksamen geistigen Einwirkung auf den Thäter, den er — mag er als reingeistiger oder gemischter Helfer auftreten — im Entschluss und in der Ausführung bestärken will und bestärkt. Schon dadurch allein erleichtert und fördert er Beides, dass er durch Beifall, Zureden, Anspornen, Widerlegung von Bedenken, Geltendmachung neuer Motive zur That u. s. f. seine verbrecherische Uebereinstimmung zu erkennen gibt. Umsomehr denn, wenn er obendrein Thathülfe zusagt oder vorbereitend leistet. Noch mehr da, wo er auch bei der Ausführung selbst thätig unterstützend in das Räderwerk der That miteingreift, indem er eben dadurch den Thäter bewegt, in der Ausführung zu beharren, diese wenn möglich zu vollenden.

Enthalten wir uns der Beispiele, deren Zahl Legion sein würde. Jeder Rechtsfall, in welchem Thäter und Helfer zusammengewirkt haben, trägt deutlich das Gepräge, wie dieser jenen „mit helfe darzu sterket"

Sachsenspiegel II. 13. l. (s. oben §. 22).

Dennoch muss nach rationeller Betrachtung des Verhältnisses zwischen Thäter und Helfer das normale Strafmass für letzteren ein geringeres sein als für ersteren. Zuvörderst ist sein Thatantheil unleugbar der geringere. Er wollte eine qualitativ und quantitativ untergeordnete, eine unterstützende Thätigkeit entwickeln, nicht eine Begehungshandlung. Die Unterstützungshandlung enthält ein selbständiges Verbrechen nicht. Schon insofern lag geringere Intensität und Extensität des bösen Willens vor. Dem Helfer fällt der minder grosse Causalantheil an dem verbrecherischen Erfolge zur Last, weil seine Mitwirkung zu demselben lediglich in einer Nebenhandlung bestand.

Sodann trägt nicht selten auch sein isolirter Schuldantheil das Gepräge geringerer Strafwürdigkeit. Möglicherweise, aber sicherlich nur in seltenen Fällen, wird zu übereilter That überlegte Hülfe geleistet; das umgekehrte Verhältniss liegt häufiger vor. Selbst aber dann, wenn in dieser einzelnen Richtung ein gleiches Gewicht in die Wagschale fällt, vermag dieses Gleichgewicht die Wage in der Schwebe nicht zu halten. Denn ausser dem Thatantheil ist der Mitschuldantheil des Helfers an sich ein geringerer, weil lediglich bestärkender — auch des Verführtseins bei der angestifteten Hülfe nicht zu gedenken.

Mit jener rationellen Schranke steigt das Strafmass des Helfers innerhalb des Strafrahmens, den das für den Thäter anwendbare Strafgesetz angibt, und nähert sich dem Strafmass des Thäters umsomehr, je grösser sein That-, Schuld- und Mitschuldantheil, je wirksamer für die That seine Hülfleistung sein wollte und gewesen ist. Und dieser Grundsatz, anklingend bereits im römischen und altdeutschen Rechte, deutlicher ausgeprägt im canonischen — beherrscht er nicht den Art. 177 der P. G. O.? Dagegen ist derselbe mit Unrecht in neueren Gesetzgebungen verwischt worden, hat aber auch diesen Concessionen abgenöthigt, mögen solche immerhin nur für die sog. nichtwesentliche Hülfe oder Theilnahme offen ausgesprochen sein.

Fussend auf solch allgemeiner Grundlage, darf man fortschreiten zur Construction folgender Gestaltungen der Hülfe, deren Unterschied nicht blos im Entstehungsgrunde liegt, sondern vielmehr in dem Mitschuldverhältnisse zwischen Helfer und Thäter:

1. Die vom Thäter angestiftete Hülfe. Ein höchst gewöhnlicher Hergang; es tritt neben die Thäterschaft zugleich die Eigenschaft des Helferanstifters. Der zur That mehr oder minder fest entschlossene A sucht bei einem muthmasslich geeigneten Individuum B für sich Unterstützung, oder nur Rath, und findet was er sucht, indem er zunächst die verbrecherische Helferabsicht im B erweckt, m. a. W. veranlasst, dass der von ihm aufgeforderte oder überredete B zur beanspruchten Hülfe sich selbst bestimmt. Der Vorgang ist ganz dem oben (§. 42) bei der Anstiftung geschilderten entsprechend: wirksame Beweggründe werden vom A angeregt, und dadurch der B zur Bildung eigener Beweggründe und Zwecke veranlasst, nur dass hier nicht eine Begehungs- beziehungsweise Mitbegehungshandlung daraus hervorwachsen soll, sondern lediglich eine Unterstützungshandlung, bestehe diese in That oder blossem Rath. Ich unterscheide hier wiederum

a. die angestiftete und vorverständigte Hülfe d. h. die, welche auf Anregung des anstiftenden Thäters zu vorgängigem Einverständniss zwischen beiden geführt hat über Begehungsweise und Ziel der That einerseits und die Weise sowie das Ziel der zuleistenden Hülfe andrerseits. Also eine möglichst umfassende und specielle Planlegung für That und Hülfe ist der thäterischen Anstiftung entwachsen. Setzen wir hier den Fall voraus, wo der B vom A nicht blos zum Schein sich anstiften liess, nicht das Angestiftetsein lediglich simulirte z. B. um den Thäter zu denunciren oder gar auf der That zu ertappen. Auf den Thatantheil Beider hat jene Anstiftung insofern Einfluss, als der

Anstiftungswille des Thäters A (des Verführers) in der Unterstützungshandlung des verführten Helfers geistig fortwirkt, jenen Antheil des A an dem Gesammtergebniss der That also vergrössert. Der Mitschuldantheil aber gestaltet sich so:

Gegen den Thäter A kommt in Betracht, dass er geistiger Vater der Helferabsicht und der Hülfleistung des B ist; sodann, dass die Vorverständigung hier wie überall schuld- und straferhöhend wirken muss.

Letzteres gilt gleichsehr vom Helfer B. Im Vorwege aber fällt ihm zur Last die geistige Rückeinwirkung auf den A, vollzogen durch das Sichanstiftenlassen. Seine nachfolgende weitere Einwirkung auf den Thäter durch Zureden, Bestärken, Rathertheilen oder Thathülfeleisten bietet nichts Besonderes.

b. Angestiftete aber nicht vorverständigte Hülfe. Auch hier wird demnach Anstiftung durch den Thäter, und eine Verständigung mit diesem, also gegenseitige geistige Einwirkung vorausgesetzt, allein so, dass erst im Beginn oder Fortgange der Begehungshandlung selbst der A den B zur Hülfe — die dann meist Thathülfe sein wird, seltener Rathertheilung — verleitet hat, also ohne dass Vorverständigung und Planlegung stattgefunden hätte. Alles Vorstehende gilt auch für diesen Fall, namentlich auch der grössere That- und Mitschuldantheil des verführenden Thäters. Es cessirt aber für Beide der Straferhöhungsgrund der Vorverständigung. Man könnte somit diesen Fall als incidente angestiftete Hülfe bezeichnen, im Gegensatz zur vorverständigten angestifteten (sub a.). Meist verwirklicht sich solche Anstiftung durch raschen Zuruf, oder durch Wink oder Geberde. Nicht selten ist hier auch die Hülfe eine lediglich negative d. h. durch Unterlassung zu leistende.

2. Die unangestiftete (vom Thäter nicht angestiftete) Hülfe kennzeichnet sich im Hinzutreten (Zutritt) des geistigen oder gemischten Helfers aus eigenem Antrieb, nur etwa veranlasst durch Anschauung der thäterischen Ausführung oder durch anderweite Wahrnehmung des im Thäter gereiften Thatentschlusses. Eine Thathülfe dieser Gattung fanden wir im §. 24 unter den mittelalterlichen Bezeichnungen: Zulegung, auxilium (sua) sponte praestitum.

Hier von Anstiftung, Verleitung, Verführung durch den Thäter reden mit

Hälschner a. a. O. §. 84. S. 325 und S. 328.

heisst doch wahrlich dem Begriff dieser Worte Gewalt anthun, ja den Begriff der Anstiftung bis zur Unkenntlichkeit verwischen! Dann freilich

war auch im Rechtsfall des §. 32 der Zuschauer A ein Verleiteter oder Verführter, wenn er dem nichtsahnenden Diebe B jene Pforte zugänglich machte. Doch wir bedürfen dieses seltneren und, da es an jeglichem Einverständniss fehlte, nicht hierhergehörigen Falles keineswegs; auch der einfachste casus stellt die Sache klar.

Der Feldarbeiter A trifft am Abend mit einem Pferdehalfter vom Felde heimkehrend das am Wege weidende Pferd des X. Er verfällt auf den Gedanken, einen Theil von dessen Mähnen- und Schweifhaaren sich anzueignen, und zieht zu dem Ende sein Messer. Nachdem er damit begonnen, kommt ihm die neue Eingebung, er könne ja auch das Pferd selbst nehmen, und nach Art solcher Leute spricht er laut zu sich: „Dummkopf, Du hast das Pferd, und nimmst die Haare" — worauf er sich daran macht, dem Pferde den Halfter überzuwerfen. Diesen Vorgang hat beobachtet und jenes Selbstgespräch vernommen seine jenseits der Hecke stehende Ehehälfte die B, deren Nähe der Mann nicht ahnt. Sie ruft ihm zu: „Hast Recht, Johann; Du hast das Pferd, was willst Du mit den Haaren! Rasch fort damit, und bring's zu Markt nach Z." Der A, durch diesen Rath und Zuruf in seinem Entschlusse bestärkt, schwingt sich auf das Pferd und reitet schleunigst davon. — Denken wir uns hier, nicht der A sondern die B hätte jenen Halfter getragen, und denselben mit obigen Worten dem Manne zugeworfen, dann wäre sie zugleich That- und Rathhelferin, jedenfalls aber mit dieser wie ohne diese Voraussetzung vom A zur Hülfe weder verleitet noch angestiftet, noch auch dessen Anstifterin zum Pferdediebstahl.

Um ebensoviel wie in solchem Falle der That- und Mitschuldantheil des Helfers steigt, weil derselbe productiv nicht blos reproductiv mitwirkte, der geistigen Einwirkung nicht blosser Rückeinwirkung sich schuldig machte, um ebensoviel fällt wiederum der des Thäters, da in der Unterstützungshandlung eine geistige Einwirkung desselben nicht von vornherein mitwirkte.

Dass übrigens auch bei nichtangestifteter Hülfe eine Vorverständigung zwischen Helfer und Thäter vorkommen und zu Lasten Beider als erhöhender Strafzumessungsgrund in die Wagschale fallen kann, bedarf keiner Ausführung. In unserem Rechtsfall war die aus eigenem Antrieb geleistete Hülfe der B jedenfalls von incidenter Beschaffenheit.

§. 52.

Rückblick auf die herrschende Lehre.

Zum Abschluss unsrer Erörterung mag auch hier an einigen Hauptsätzen der heutigen Doctrin klargelegt werden, wie unsre Theorie zu wesentlich abweichenden Ergebnissen führt. Und wiederum diene statt Aller die Darstellung Hälschners a. a. O. I. §§. 84. 85 zur Grundlage.

Man lehrt:

1. Helfende Thätigkeit kennzeichne sich dadurch „dass der Gehülfe mit der Absicht handelt, seine Thätigkeit als Mittel für die Verwirklichung einer fremden Absicht, der des Urhebers, dienen zu lassen" — und „durch die beabsichtigte ursächliche Beziehung auf die Absicht des Urhebers" (H. §. 84).

Keineswegs. Der Helfer handelt vielmehr in der Absicht, dass das Verbrechen begangen werde

s. John, Kritiken etc. S. 29.

und zwar durch die Begehungshandlung des Thäters in Verbindung mit seiner Unterstützungshandlung. Folglich hat er eine eigene Absicht, diese: durch seine Hülfleistung die Verbrechensbegehung und somit den verbrecherischen Erfolg zu fördern. Anderswo räumt dies auch ein derselbe

Hälschner a. a. O. S. 330. verb.

„Der Gehülfe handelt — doch zugleich nicht ohne eigne Absicht." Wahr ist, dass seine Absicht zu der des Thäters, seine Unterstützungshandlung zur thäterischen Begehungshandlung, accessorisch sich verhält, demnach als Nebenabsicht, Nebenhandlung allenfalls bezeichnet werden darf. Unwahr, dass der Helfer seine Thätigkeit als blosses „Mittel" hinstelle. Der selbstbestimmte Wille ist überall mehr als Mittel, die Selbstbestimmung verfolgt stets eigene Zwecke. Unwahr, dass die Absicht des Thäters „Ursache", also die Helferabsicht deren Wirkung sei. Die Ursache der helferischen Selbstbestimmung liegt in des Helfers eigenem Entschluss — mag er übrigens angestiftet sein oder unangestiftet hinzutreten —; nur die Veranlassung zu dieser Ursache und deren Wirkung (Unterstützungshandlung) liegt im Entschluss oder in der Begehungshandlung oder endlich in einer Anstiftungsthätigkeit des Thäters, nicht mehr nicht minder.

2. „Die Beihülfe steht auf gleicher Stufe mit der Versuchshandlung" (H. §. 84 und S. 327).

Eine m. E. ganz unhaltbare Analogie. Der Versuch ist keine andere Art der Ausführung als die Vollendung, sondern nur eine Anfangs-Stufe (niedere Stufe) derselben. Die Hülfe dagegen ist eine andere Art der Ausführungshandlung und der verbrecherischen Schuld.

S. auch John a. a. O. S. 31 ff.

Es war bei dem Versuche die Vollendung eben beabsichtigt und der Anfang gemacht, die Vollendung aber durch äussere Umstände verhindert. Bei der Hülfe liegt die eigene Begehung des Verbrechens eben nicht in der Absicht des Helfers, sondern lediglich die Unterstützung der fremden Begehung. Dazu kommt dass, wie Hälschner selbst im §. 85 annimmt, Versuch der Hülfe sich ebenso wohl denken lässt wie Versuch der Thäterschaft, wodurch jene Analogie vollkommen sinnlos und verwirrend werden muss.

Auch das ältere deutsche Recht verwirft — gleich dem heutigen — jene Analogie. Während es einerseits Versuchs- und gewisse Vorbereitungshandlungen, überhaupt „Angriffshandlungen" als selbständige Verbrechen oder Vergehen behandelt, lässt es andrerseits die Bestrafung der Theilnehmer von der des Thäters abhängig also unselbständig sein, behandelt es die Theilnehmer nicht als selbständige Verbrecher — eine Aufklärung von hoher geschichtlicher Bedeutung, die wir den Forschungen

Johns, Strafr. von Norddeutschl. etc. S. 267 ff.

verdanken.

Ist aber die Zusammenstellung von Thatversuch und Hülfe verfehlt, weil es am gemeinsamen Merkmal mangelt, so ist nicht weniger verfehlt die Kontrastirung beider Begriffe, welche

Glaser a. oben cit. O. (Ges. Schriften) S. 145

unternimmt; denn es fehlt an jeglichem tertium comparationis.

3. „Der Gehülfe hat die verbrecherische Absicht niemals aus sich selbst producirt, sondern ist durch die bereits fertig gestaltete Absicht des Urhebers zu seiner Thätigkeit verleitet", sei es durch Ueberredung sei es durch „blosse Anschauung von dessen verbrecherischer Absicht oder Thätigkeit" (H. §. 84).

Wahr ist daran nur dies, dass die Kunde von der Thäterabsicht der Fassung der Helferabsicht in irgend einer Weise vorausgehen muss; unrichtig alles Uebrige. Denn der Helfer producirt, nur in Anlass jener Thäterabsicht, seine eigene Absicht aus sich heraus, indem er sich selbst zur Hülfe bestimmt, sei es auf Ueberredung, Anstiftung von Seiten des Thäters — oder eines Dritten — sei es ohne solche durch eigene Eingebung, aus eigenem Antriebe, wenn gleich

auch hier wiederum in Anlass jenes thäterischen Entschlusses oder Handelns.

4. Der Grund, warum Schuld und Strafbarkeit des Helfers eine geringere ist und sein muss, als die des Thäters, liegt daher nicht, wie H. §. 85 behauptet, neben dem objectiven Momente in dem sittlichen Moment des Verführtseins, darin dass der Helfer der Verleitete ist — wir sahen, dass dies im Falle des Hinzutretens aus freiem Antriebe entweder thatsächlich falsch ist, oder den Begriff der Verführung in Nebel auflöst — sondern vielmehr

a. objectiv in der Art der Handlung, als blosser Unterstützungs- und Nebenhandlung, welche also den Begriff eines selbständigen Verbrechens an sich nicht darstellt (Thatantheil),

b. subjectiv aber darin, dass er das Verbrechen zwar als zubegehendes wünscht, aber begehen nicht will, sondern lediglich will, dass es begangen werde, dass er selbst aber es unterstützen will. Seine Mitschuld kann zwar eine sehr erhebliche sein, aber nur ausnahmsweise der des Thäters gleichkommen (s vor. §.).

5. Es sei zwar die Thätigkeit des Gehülfen dem Thäter („Urheber"), nicht aber umgekehrt die des „Urhebers" dem Gehülfen zuzurechnen; denn der Urheber habe die Thätigkeit des Gehülfen, nicht aber dieser die des Urhebers „veranlasst". (H. a. a. O. S. 314. 327.)

Schon der erste Theil des Hauptsatzes ist höchstens halbwahr. Allerdings trägt der Thäter an der Thätigkeit und Schuld des Helfers die Mitschuld, indem er auf diesen geistig eingewirkt beziehungsweise rückeingewirkt hat; aber der Thatantheil und die isolirte Schuld des Helfers fällt diesem allein zur Last, nicht dem Thäter. Und umgekehrt ist der zweite Theil des Hauptsatzes ebenso unhaltbar. Auch der Helfer trägt wegen seiner geistigen (bestärkenden) Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung einen Mitschuldantheil an der Thätigkeit und Schuld des Thäters, wogegen diesem allein sein Thatantheil und die isolirte Thäterschuld zur Last fällt, nicht dem Helfer. Richtig ist der Schlusssatz. Daraus aber folgt eben nichts weniger, als dass der Helfer, welcher stärkend auf die Thäterschaft einwirkt, von einer Mitschuld an derselben freizusprechen wäre. Denn er durfte dem „Anlasse" nicht folgen. Dadurch, dass er demselben folgte und sich zur Unterstützung selbstbestimmte, betheiligte er sich an dem Verbrechen.

Dritter Abschnitt.

Die begriffsmässige Verbrechermehrheit insbesondere.

§. 53.

Allgemeines. Systematische Uebersicht.

Den vorhergehenden Abschnitten dieses Theils war das Ziel gesteckt, theils in den Grundbegriffen der Verbrechermehrheit durch Ausmerzung von Pseudobegriffen freies Feld zu schaffen, gewissermassen die Usurpatoren auszutreiben, theils die einfachen Begriffe und Grundsätze des positiven Rechts wiederum auf den Thron ihrer legitimen Herrschaft zu erheben. Zur Aufgabe steht nur noch das Eine, nunmehr unsre Theorie an den Fällen des sog. concursus necessarius zu verwerthen, deren Verhältniss zur allgemeinen Lehre von der Verbrecherconcurrenz den engeren Vorwurf dieser Monographie bildet, indem wir nachweisen, dass und welchergestalt auch auf diese Fälle jene einfachen Grundbegriffe volle Anwendung finden.

Das Gemeinsame aller der Verbrechen und Vergehen, welche hierher gerechnet und als „Mehrheitsverbrechen" beziehungsweise Mehrheitsvergehen nicht unpassend bezeichnet werden könnten, besteht in dem Merkmal:

> eine Mehrheit betheiligter Personen wird von dem Begriff des fraglichen Verbrechens oder Vergehens selbst gefordert.

Es ist m. a. W. begrifflich undenkbar, dass ein Delict dieser Gattung durch die Thätigkeit Eines Subjects allein ins Leben gerufen werde.

Dadurch werden von vornherein als gar nicht, nicht einmal scheinbar, hierher gehörend ausgeschieden: die Fälle der blos factisch — oder was dasselbe sagen will: in concreto — erforderlich gewesenen Mehrheit von Subjecten. Wenn man früherhin eine zwiefache Nothwendigkeit unterschied, eine factische und eine begriffliche, so hiess

das den Ausdruck „nothwendig“ in verschiedenem Sinne verwenden, zur Bezeichnung dort des Abstracten, hier des Concreten. Ganz abgesehen von dem Verstoss wider die einfachste Logik — nur Ersteres konnte berechtigt sein, wenn die „Nothwendigkeit“ das Wesentliche, die Wesentlichkeit auszudrücken bestimmt war.

Der Umstand, dass nach den concreten Umständen der That, nach der Individualität des Verletzten oder des anstiftenden Thäters, eine Mehrzahl von betheiligten Verletzern erforderlich erscheinen mogte, hat selbstverständlich auf die Beurtheilung der Mitschuldigen keinerlei Einfluss. Ein starker Mann kann, wenn wachend und gesund, durch Einen schwerlich erdrosselt oder beraubt werden, nur durch Mehrere, deren Einer ihn festhält oder sonstwie seinen Widerstand bricht, während der Andere die eigentliche Thathandlung an ihm verübt. Mit anderen Mitteln der Tödtung, so durch Schuss, Stich, Hieb mit Axt oder Knittel vermag — unter übrigens ganz gleichen Thatumständen — Einer allein das concrete Verbrechen auszuführen. Der Erpressung durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder einer Anklage kann bald Ein Subject die nöthige Wirksamkeit verleihen, bald mit besserem Erfolge eine wirkliche oder erdichtete Mehrzahl von Bedrohern. Nicht unbestritten ist, ob Nothzucht an einer Widerstandsfähigen durch Eine Person ohne Hülfe Anderer überall ausführbar erscheine. Eine eiserne Geldkiste, einen Leinenschrank vermag Einer nicht zu stehlen, wenn das Object an seinem Platze steht, wohl aber, wenn dasselbe bei Gelegenheit des Umzuges auf einem Karren liegt. Man vergleiche endlich die Beraubung eines Invaliden mit der einer Karawane oder eines Personenzuges.

In dergleichen Fällen hat die etwa factisch erforderlich gewesene Mehrheit der Verbrecher mit dem Begriffe des Verbrechens keinerlei Zusammenhang. Vielmehr liegt die Ursache der Vereinigung von Mitthätern oder Thätern und Helfern meist in dem Bewusstsein der Ohnmacht des Einzelindividuums. Man schlägt sich zusammen, um concrete dem Einzelnen vermeintlich oder wirklich unüberwindliche Hindernisse der That sei es im Gegenstande sei es in anderweiten äusseren Umständen bewältigen zu können. Bald mag factische Unausführbarkeit für den Einzelnen vorliegen, bald der Einzelne seiner Individualität nach — aus Furchtsamkeit, Kraftlosigkeit, Vorsicht — der Alleinausführung nicht gewachsen sich fühlen.

Vgl. Berner, Theiln. S. 166. — Lehrb. §. 107. Anm. 1.

Es bieten diese Fälle in der That Besonderes nicht dar. Die That, Schuld und Mitschuld jedes Betheiligten wird genau so beurtheilt,

als wenn ohne concrete Erforderlichkeit die Vereinigung der Mitverbrecher aus irgend welcher anderen Ursache stattgefunden hätte. Jeden trifft dort wie hier die durch vorgängige oder doch incidente verbrecherische Verständigung gesteigerte Zurechnung der That je nach seiner Bethätigung, Schuld und Mitschuld. Es ist demnach von der lediglich factischen Erforderlichkeit einer Mehrzahl von Verbrechern im Folgenden gänzlich abzusehen. —

Die Fälle aber, in welchen das Strafgesetz, oder genauer: der Verbrechensbegriff eine Mehrheit betheiligter Subjecte voraussetzt, sondern sich zuvörderst in zwei Abtheilungen, deren jede sodann in Gruppen zerfällt:

I. Die wirkliche oder *echte* (eigentliche, im engern Sinne) begriffsmässige Verbrechermehrheit.

Dahin gehören alle diejenigen Fälle, in denen der Begriff eines und desselben Verbrechens beziehungsweise Vergehens eine Mehrheit von mitwirkenden Subjecten erfordert. Das Kennzeichen ist: *Einheit des Delicts.* Es wird Ein untheilbares Delict begangen von einer begriffsmässig zu dessen Thatact vorausgesetzten Mehrzahl von Subjecten. Bald sind nur zwei solche begrifflich erforderlich beziehungsweise denkbar, bald drei, bald auch mehrere.

Hierin aber sind wiederum zwei Gruppen befasst:

A. Ich bezeichne deren erste als die des *gegenseitigen Zusammenwirkens.* Denn es findet gewissermassen ein Sichentgegenarbeiten im Acte und dadurch vermitteltes Zusammenwirken zum gemeinsamen Verbrechen statt. Die Absichten und Thätigkeiten der Subjecte ergänzen sich in der Weise, dass dieselben im actus delicti *sich begegnen*, indem sie gleichsam von gegenüberstehenden Puncten ausgehend, Einem Ziele zustreben und in diesem zusammentreffen. Dies mag vor der Hand figürlich dargestellt werden:

1. A . —————— | —————— . B
actus

C
.
|
2. A . —————— + —————— . B
actus

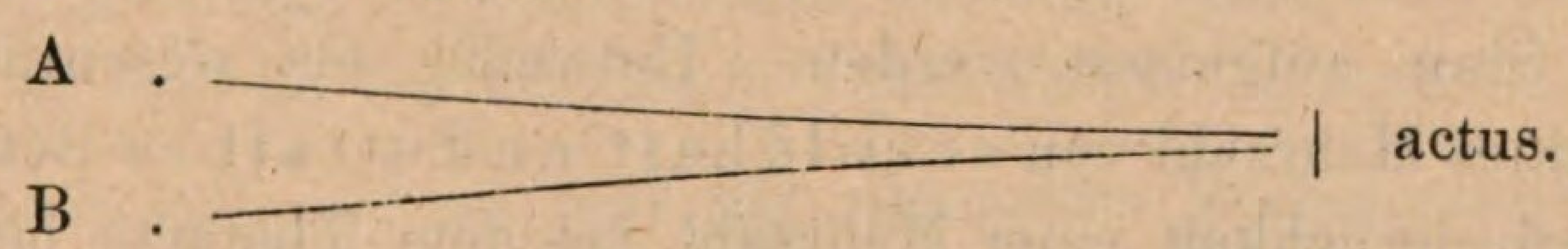
Beispiel für 1: der Zweikampf, der Ehebruch; für 2: die Doppeleheschliessung.

Ich bin mir bewusst, in dem „gegenseitig“ ein vieldeutiges und daher undeutliches Wort gewählt zu haben, und würde vorziehen zu sagen: *sichbegegnendes* Zusammenwirken, wäre nicht die Bezeich-

nung schleppend und anstössig, und ebenso deren unvermeidlicher Gegensatz: sichbegleitendes oder nebeneinanderherlaufendes Zusammenwirken. Verwerflich aber erscheint der Ausdruck: Gegenwirkung oder Entgegenwirkung, und deren Gegensatz: Nebenwirkung, da namentlich ersterer missverstanden werden müsste, schon weil eben ein Zusammenwirken im actus der Absicht jedes Handelnden entspricht.

Hierher gehören weitaus die meisten Fälle, die man als Schulbeispiele des concursus necessarius von Anbeginn heraufbeschworen hat. So namentlich: Zweikampf, Bestechung, die beiderseits verbrecherischen Geschlechtsvereinigungen sei es durch Beischlaf sei es durch Eheschliessungsact: Ehebruch, Incest, Bigamie; ferner widernatürliche Unzucht mit Personen gleichen Geschlechts. Ob noch andere Fälle, wird späterhin zu erörtern sein. Ebenso der beachtenswerthe Umstand, dass bei den genannten Delicten dieses gegenseitige Zusammenwirken in ganz verschiedener Weise und ausgehend von einer verschiedenen Anzahl erforderlicher Subjecte stattfindet. Hier kam es nur darauf an, das gemeinsame Merkmal der Gruppe anzudeuten.

B. In der zweiten Gruppe realisirt sich das Zusammenwirken in *einseitiger* Richtung. Neben einander wirkend strebt die begriffsmässig erforderliche Mehrheit dem Einen Acte und damit dem gemeinsamen verbrecherischen Ziele zu. Die Absichten und Thätigkeiten begegnen sich nicht, treffen vielmehr neben einander herlaufend im Acte des Delicts zusammen.



Hierher — kaum bedarf es der Bemerkung — gehören als Hauptbeispiele: Aufruhr und Auflauf, vielleicht noch eine Reihe verwandter Fälle. —

II. Die zweite Abtheilung enthält scheinbare oder *unechte* Fälle des sog. conc. necessarius (theils im uneigentlichen, weiteren Verstande dahingehörige, theils ganz mit Unrecht herangezogene). Auch diese sondern sich unschwer in zwei Gruppen:

A. Zwar wird eine Mehrheit zusammenwirkender Subjecte vorausgesetzt, allein es *fehlt die Einheit* des Delicts. Vielmehr begeht nach positivem Recht jedes Subject ein besonderes Vergehen, wenn gleich ein solches, welches in Beziehung zu dem Verbrechen beziehungsweise Vergehen des anderen stehen mag. Oder aber

B. es liegt zwar die Einheit des Delicts vor, allein die Mehrheit der Subjecte bildet höchstens den gewöhnlichen, *keineswegs* den

begriffsmässig vorausgesetzten Fall, so dass in Wirklichkeit die etwa vorhandene Mehrheit von Verbrechern als lediglich concrete m. a. W. factisch erforderliche sich darstellt.

Ein Beispiel für die erstgenannte Gruppe (A) finde ich in der Hehlerei in Beziehung auf das dadurch begünstigte Verbrechen des Diebstahls, Raubes u. s. f., in der Kuppelei im Verhältniss zu dem dadurch geförderten Delicte des Ehebruchs, Incests u. s. f., ferner in dem heutigen Vergehen der Begünstigung und der Nichtanzeige; der letzteren Gruppe (B) könnten anheimfallen Vereinigungen u. A. zum Hochverrath, Landesverrath, Landfriedensbruch. —

Auf diesem System fussend, wird nachstehende Erörterung prüfen, ob und in welcher Gestalt die allgemeinen Grundbegriffe und Grundsätze der Verbrecherconcurrenz, welche ich in Abschn. I und II gegenwärtigen Theils als die stichhaltigen nachgewiesen zu haben glaube, auch hier Anwendung leiden, und aus dieser Prüfung ein Gesammtergebniss gezogen werden. Begreiflicherweise liegt es nicht in unserm Plan, jedes der obengenannten Specialvergehen einer erschöpfenden monographischen Behandlung zu unterziehen. Nur insoweit, als für unsre Specialfrage irgend eine unmittelbare oder mittelbare Ausbeute zu erwarten steht, mögen deren Begriff und Einzelmerkmale zur Erörterung gelangen.

Zur Abwehr von Missverständnissen eine Vorbemerkung schon an dieser Stelle. Die begriffsmässige Verbrechermehrheit könnte in verschiedenem Sinn aufgefasst werden. Entweder als wesentliches Erforderniss einer Mehrzahl von schuldhaft und strafbar Betheiligten. Oder als Erforderlichkeit einer Mehrzahl bei dem Thatacte betheiligter Subjecte, auch abgesehen von der Frage, ob diese actuelle Mitwirkung für den Einzelnen nothwendigerweise Zurechnung zur Schuld und Strafe begründe. Die letztere Auffassung ist die allein richtige. Ein Ehebruch liegt vor, wenn auch nur Einer der Concumbenten, wie man zu sagen pflegt, in dolo versirte d. h. mit dem Bewusstsein der Eheverletzung absichtlich handelte, — eine Bestechung selbst dann, wenn den bestechenden Theil nach positivem Recht, sei es aus welchem Grunde immer, eine Strafe treffen nicht kann u. s. f. Begriffsmässig ist nämlich nur erforderlich die thätige Betheiligung einer gewissen Mehrheit an demjenigen Thatacte, an welchen der Verbrechensbegriff geknüpft ist. Damit aber steht keineswegs fest, dass jedes in jener Mehrheit enthaltene Subject auch wirklich schuldhaft im Sinne des Strafgesetzes betheiligt ist, als — Mitverbrecher erscheint. Mit Einem Wort:

Wesentliche Voraussetzung des conc. necessarius ist eine gewisse Mehrheit zusammenwirkender Subjecte, nicht eine Mehrheit von Verbrechern.

Erste Abtheilung.

Die echte begriffsmässige Verbrechermehrheit.

Gruppe I: Fälle des gegenseitigen Zusammenwirkens.

§. 54.

Allgemeines.

Ohne Thäter, und zwar ohne Einen Thäter, kein Verbrechen. Die Verwirklichung mancher Verbrechen beziehungsweise Vergehen aber erheischt einen Thatact, an welchem mindestens zwei Thäter — oft eben denkbarerweise nur zwei — oder mehrere sich betheiligen müssen, weil die Natur dieses Acts, in welchem das Verbrechen seine Begehung finden kann, dies ohne Weiteres mit sich bringt. Niemand kann mit sich selber einen — Zweikampf ausführen, Ehebruch begehen, Blutschande treiben, eine Doppelehe schliessen u. s. f. Es bedarf zweier oder gar mehrerer Subjecte, damit diejenige Thatsache verwirklicht werde, an welche das Strafrecht seine Folgen knüpft.

Damit soll — um hier die allgemeine Vorbemerkung des §. 53 zu specialisiren — keineswegs behauptet sein, dass nicht von den erforderlichen zwei Thätern der eine oder andere (oder in concreto gar beide) straffrei ausgehen, ja sogar am Verbrechen unbetheiligt, nichtschuldig sollte sein können. Ein Duellant kann zum Zweikampf gezwungen, ein Concumbent oder Eheschliessender mit dem Ehebande des anderen unbekannt sein. War doch in dem hochtragischen Falle des Oedipus das verwandtschaftliche Verhältniss sogar beiden, der Mutter wie dem Sohne, unbekannt. Fälle dieser Art sind einerseits die selteneren, und bieten andrerseits in der That nichts Besonderes. Ganz dasselbe kann bei dem sog. concursus facultativus vorkommen, einer von mehreren am Thatacte Betheiligten dennoch schuldhaft, strafbar betheiligt nicht sein. Will man das Wesen des concursus necessarius erfassen und dessen Verhältniss zur Lehre von der Verbrecherconcurrenz, dann muss man sich entschliessen, von concreten Ausnahmefällen solcher

Beschaffenheit allganz abzusehen. Sie verwirren lediglich. Und haben wir der Verwirrung in dieser Lehre nicht ohnehin zur Genüge?

Der Erörterung bedarf zuvörderst das allgemeine Merkmal dieser Abtheilung: die Einheit des Delicts —, und sodann das Sondermerkmal dieser ersten Gruppe: die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens.

Bereits im kritischen Theile (s. oben §. 12) lernten wir die Abwege kennen, in welche die Isolirungstheorie nothwendigerweise gerathen muss, wenn sie ausspricht, es begehe bei Ehebruch, Zweikampf etc. jeder nothwendig Betheiligte das Verbrechen „ganz und für sich"; wie daraus folgen würde: es werde nicht Ein Verbrechen begangen, sondern deren mehrere. Mit dürren Worten zieht denn auch der Begründer jener Theorie

Heffter, Lehrb. §. 545. a. E.

für die Bestechung wenigstens diese Consequenz. Das Gesetz wie die Natur der Sache aber ergibt vielmehr die untrennbare Einheit des Verbrechens, nur dass die Unterlage des Verbrechensbegriffs, der Thatact nämlich, lediglich durch das Zusammenwirken mehrerer Subjecte als Thäter hergestellt werden kann. Dieser Thatact eben bildet aber unleugbar eine untheilbare Einheit! So setzt denn auch nicht weniger der an diese Unterlage geknüpfte Verbrechensbegriff bei Einem Delict mehrere thätige Subjecte voraus. Eine Consequenz, die heute schwerlich auf Zweifel stossen wird.

Schon daraus folgt aber ferner — ein Merkmal, das für diese gesammte Abtheilung kennzeichnend ist, somit für jeden echten concursus necessarius —, dass der That- wie Schuldantheil eines Jeden unmöglich isolirt dastehen kann, eben weil ein Zusammenwirken stattfindet, und dieses wiederum zu ganz verschiedenen Mitschuldantheilen jedem begriffsmässig Mitwirkenden zur Last fallen mag. —

Die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens bei dieser Gruppe besteht aber darin, dass die Willensrichtung und Thätigkeit der mitwirkenden Subjecte im Thatact sich begegnet, dass durch den Zusammenstoss der Ausführungshandlungen zweier oder gar mehrerer Subjecte dieser Act vollzogen, und dadurch möglicherweise zugleich das betreffende Delict sei es vollendet sei es versucht wird. Dies jedenfalls — wie verschieden im Uebrigen das eine Einzelverbrechen vom anderen in diesem Zusammenwirken hervortreten mag (s. unten) — dies jedenfalls ist das Gemeinsame aller Fälle unserer ersten Gruppe. Ich lege zwar auf Nachstehendes nicht allzuviel Gewicht, aber auch rein äusserlich oder

sinnlich betrachtet springt dies in die Augen. Ein Gegenüberstehen — sodann die Begegnung im Kampfe (Zweikampf), die Begegnung im Geben und Nehmen (Bestechung), im Geben und Empfangen (Beischlaf), im Zusammenfügen der Hände (Doppeleheschliessung). So aber begegnen sich in der Thätigkeit mit den Körpern, meist aber schon früher in der Verständigung, die Geister und Willen und rufen, wenn das verbrecherische Wissen d. h. das Bewusstsein von dem unmittelbar verletzten Objecte nicht fehlt, zugleich auch das Verbrechen und die Mitschuld an demselben ins Dasein.

Den blossen Thatact, in welchem hier die Mitwirkenden zusammentreffen, finden sie gewissermassen in sich gegenseitig, in ihrer Bethätigung an einander, abgeschlossen, nicht ausser sich an einem Anderen bethätigt. Dies vermuthlich ist es, was Berner (s. oben §§. 8. 14.) zu seiner Objectstheorie veranlasst hat. Die Concumbenten verwirklichen ihren Willen an einander im concubitus, die Duellanten im vereinbarten Kampfe. Dagegen bethätigen Aufrührer sich an einem Dritten, an der Obrigkeit, welche sie zusammenwirkend zum Thun oder Unterlassen nöthigen. Allein die Verwechselung Berners besteht darin, dass er jenes nächste Ziel der äusserlichen Thätigkeit als Object des Verbrechens hinstellen, und nun gar die Subjectivität eines jeden Mitthäters für den anderen leugnen will. Als ob Jeder für sich Subject, für den Anderen lediglich Object, nicht aber Mitthäter wäre!

Die verbrecherische Thätigkeit der begriffsmässig Zusammenwirkenden kann dabei eine im Wesentlichen gleichartige sein — so die Vollziehung des Zweikampfes, so die Geschlechtsvereinigung im Beischlaf oder in der Eheschliessung —, oder eine ungleichartige — so das Geben und Nehmen in der Bestechung. Immer aber findet eine Ergänzung der gleich- oder verschiedenartigen Thätigkeiten statt, welche in deren Begegnung und durch den aus ihnen gebildeten Thatact sich vollzieht.

Ferner ist die persönliche Stellung der Mitschuldigen zum juristischen Object des Verbrechens bald eine wesentlich verschiedene bald eine wesentlich gleiche. Letzteres bei Ehebruch unter zwei Ehegatten — nur dass hier auch mehrere Eheverhältnisse durch Ein Verbrechen (Doppelehebruch) verletzt werden —; bei dem Zweikampfe; möglicherweise auch bei dem Incest z. B. unter Geschwistern. Ersteres dagegen macht sich geltend in der Bestechung, indem Beamter und Nichtbeamter zusammenwirken — mag auch der Bestecher selbst Beamter sein, er ist doch nicht bestochen mit Beziehung auf die eigene

Amtstreuepflicht —; in dem einfachen Ehebruch, der einfachen Bigamie, da ein verehelichtes mit einem unverehelichten Individuum zusammenwirkt; in dem Incest zwischen Ascendenten und Descendenten.

Kaum bedarf es endlich der Hinweisung, dass in einzelnen Fällen überdies Verschiedenheit des Geschlechts der Zusammenwirkenden vorausgesetzt wird, so bei den hierhergehörigen Fleischesverbrechen mit Ausnahme der widernatürlichen Unzucht, so bei der Bigamie; während dieser Umstand in allen anderen Fällen durchaus unwesentlich erscheint. —

Von allen diesen Unterschieden aber bleibt unberührt das obengenannte gemeinsame Merkmal dieser Abtheilung: die Einheit des Delicts — beziehungsweise dieser ersten Gruppe: die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens. Und zu letzterem gesellt sich noch ein ferneres Sondermerkmal. Die Mitthäterschaft ist bald eine vorverständigte, bald eine incidente, wenn gleich letzteres seltener sein mag. Vorausgesetzt wird also — und dieses Moment ist für die Mitschuldfrage von erheblicher Bedeutung — eine entweder vorausgehende oder mit der That coincidente Verständigung der begriffsmässig Mitwirkenden über den zu vollziehenden Thatact. Es ist daher nicht schlechthin verwerflich, wenn Hepp a. a. O. (s. oben §. 13) von „Einwilligung, Einigung" spricht, vielmehr nur die Bezeichnung dazu angethan einem Missverständniss Vorschub zu leisten, welchem Hepp selbst denn auch rettungslos zum Opfer fällt, nämlich der Verwechselung mit — Einwilligung des Verletzten! Hier verzichtet im Vorwege der Zuverletzende auf sein Recht der Unverletzbarkeit, gleichviel ob dieser Verzicht für den Verbrechensbegriff erheblich werden, ob die Rechtsordnung ihrerseits dem Verzicht fernere Wirkung beimessen mag oder nicht. Dort aber einigen Mitthäter sich über dasjenige Zusammenwirken im Thatact, welches ein Verbrechen involvirt, mittelbar also auch über gemeinsame Begehung des letzteren selbst. Das Missverständniss bei Hepp, dem ein richtiger Gedanke zugrunde liegt, ist handgreiflich, ganz abgesehen von der ferneren Ausartung zur „Connivenz", welche wiederum mit der Einwilligung des Verletzten eben gar nichts gemein hat.

Die begriffsmässig betheiligten Subjecte unserer Gruppe treten also in der Rolle von Mitthätern auf. Neben ihnen aber können hier wie sonst noch betheiligte Nichthäter mitwirken, als Helfer oder Anstifter oder in beiderlei Rolle zugleich. Der Verbrechensbegriff an sich setzt lediglich die Mitthäter voraus, wie gewöhnlich ja regelmässig auch bei einzelnen dieser Delicte die Betheiligung gewisser Nichtthäter, z. B. bei dem Zweikampf der Secundanten, erscheinen mag. Das Zusammen-

wirken der vorausgesetzten Mehrzahl von Thätern ist demnach das begriffliche minimum. Diese Minimalzahl ist bald die Zwei- bald die Dreizahl; Ersteres im Fall des Zweikampfes, des Ehebruchs und anderer Fleischesvergehen, Letzteres in dem der Doppeleheschliessung, wie weiter unten erhellen wird. Nur zufällig kann in wiederum anderen Fällen eine grössere Mehrzahl in der Mitthäterrolle auftreten. So bei der Bestechung dann, wenn mehrere Beamte oder Ein Beamter durch mehrere Bestecher zu Einer Amtshandlung durch Eine Gabe veranlasst worden sind. Diese Ueberschreitung der begrifflichen Minimalzahl von Mitthätern tritt dann aber sofort in das Gebiet der lediglich factischen (concreten) Verbrechermehrheit hinüber.

Dies vorausgeschickt zur allgemeinen Kennzeichnung der ganzen Gruppe, mag nunmehr unsre Theorie an deren Einzeldelicten ihre Probe bestehen.

§. 55.

1. Der Zweikampf.

Ein Begriff, dessen Theorie nahezu in jeglicher Richtung von Streitfragen strotzt. Doch stellt man vornämlich zwei derselben in den Vordergrund: Der vereinbarte ernstliche Kampf zweier Personen mit tödtlichen oder doch gesundheitsgefährlichen Waffen — ist derselbe nach gemeinem Recht ein selbständiges Vergehen? Und wenn dies der Fall, aus welchem Grunde oder Gesichtspuncte? Die letztere müsste m. E. deutlicher so gefasst werden: an welchem unmittelbaren Objecte wird hier gegen die Rechtsordnung in strafbarer Weise gefrevelt?

Beide Fragen, gestehe ich es offen, treten für mich in den Hintergrund. Die erstere, weil bei aller Zweifelhaftigkeit des gemeinen deutschen Rechts deren Lösung jedenfalls auf dem Gebiet der Particularrechte, vorzugsweise auch der neueren Strafgesetzbücher, bejahend erfolgt ist. Nur die Voraussetzungen des nach positivem Recht strafbaren Zweikampfes scheinen mir keineswegs klar abgegrenzt, wie unsre dritte Frage alsbald ergeben wird. Der zweiten Frage will ich das wissenschaftliche Interesse nicht absprechen, wohl aber das eigentlich praktische. Verwerflich ist jedenfalls der Standpunct, welcher lediglich die im Duell etwa erfolgte anderweite Verletzung, nicht den Zweikampf an sich, für strafbar erklärt. Denn jene Körperverletzung oder Tödtung müsste dann als eine durch diesen Anlass privilegirte d. h. milder strafbare sich darstellen. Das aber hiesse den Begriff des Zweikampfes zum blossen Strafmilderungsgrunde der Tödtung beziehungs-

weise Körperverletzung erheben, und zugleich den selbständigen strafrechtlichen Begriff des Vergehens einfach verneinen. Sodann will einseitige und nichterschöpfende Auffassung im Duell eine Umgehung der Rechtspflege oder einen Eingriff in diese erblicken. Ist denn der Zweikampf stets ein Versuch der Privatgenugthuung für Ehrverletzungen? Was aber hat das Motiv der Rache, der Rauflust, der Renommage mit der Rechtspflege zu schaffen? Nicht minder verfehlt ist es, wenn man einen Versuch darin findet, den Staat eines Bürgers zu berauben, schon weil nicht jedes Duell auf Tödtung abzielt, und selbst dies vorausgesetzt, würde lediglich ein Mord- oder Todschlagsversuch darin ausgesprochen, somit die Selbständigkeit des Vergehens wiederum aufgegeben sein. Endlich verwerfe ich den Standpunct, welcher einen rechtswidrigen Zwang annimmt, ausgeübt durch Aufdrängen der Anschauung, dass gewisse Privatstreitigkeiten vom Ehrenhaften einzig und allein durch Kampf ausgeglichen werden dürfen. Dieser Zwang findet nur ausnahmsweise statt; auch fällt die Ansicht am letzten Ende in die Umgehung der Rechtspflege zurück.

Es kommt auf die ratio des positiven Rechts m. E. überhaupt wenig an. Doch suche ich dieselbe in zwei combinirten Gesichtspuncten. Einmal und vor Allem in der unberechenbaren Gefährlichkeit des Gebahrens gleichsehr für Sicherheit und Frieden der privaten Rechtssphäre und für die körperliche Integrität oder gar das Leben. Sodann in der Missachtung der öffentlichen Ordnung, welche Missachtung in diesem Privatkriege (duellum = bellum) ihren Ausdruck findet, und durch die Einwilligung beider Theile in Form und Folgen des Kampfes nichts weniger als aufgehoben wird. —

Bei Weitem mehr Beachtung, als sie findet, verdient dagegen eine dritte Frage: Wenn das positive Recht den Zweikampf für ein strafbares Vergehen erklärt, welchen Zweikampf hat es dabei im Auge? Etwa nur den Ehrenzweikampf? Man sollte fast glauben, dass die herrschende Lehre so lauten müsste, wenn sie ihrer Definition diese oder ähnliche Worte einfügt: „zur Genugthuung für eine Ehrenkränkung",

Berner, Lehrb. §. 214. med.

„zum Zweck vermeintlicher Wiederherstellung verletzter Ehre",

Feuerbach, Lehrb. §. 189. a. E.

A. M. mit Recht Heffter, Lehrb. §. 370. Not. 3.

Und doch kann dies unmöglich im Ernst gesprochen sein. Ist etwa der Rachezweikampf kein Zweikampf im Sinne des positiven Rechts? Dies zugegeben, wird aber doch wohl Niemand bestreiten, dass a potiori

allenfalls Benennungen, niemals aber Begriffe gebildet werden dürfen. Und aus welchem Grunde vermeidet mit gutem Bedacht z. B.

das Preuss. St. G. B. Tit. 14. §. 164

jenen beschränkenden Zusatz? Aber, wird man erwidern,

s. Berner a. a. O. Not. 1. S. 493 (dritter Aufl.)

dieses Gesetzbuch bezeichnet doch klar genug seinen Gesichtspunct, indem es unmittelbar an die Ehrverletzung (Tit. 13) den Zweikampf reiht. Uebersieht man denn ganz und gar, dass nicht blos der vorausgehende, dass auch der nachfolgende Titel die systematische Stellung ergibt? Unmittelbar dem Zweikampf schliessen sich an die Verbrechen und Vergehen wider das Leben (Tit. 15) und die Körperverletzung (Tit. 16). Mit nicht minderem Recht könnte man also annehmen, es bilde das Duell die Ouvertüre zu dieser Tragödie. Sagen wir lieber, der Gesetzgeber legt auf den concreten Anlass zum Zweikampfe kein nennenswerthes, auf die Gefährlichkeit, Ernstlichkeit und Ordnungswidrigkeit des Thatactes selber alles Gewicht.

Ist dies aber der richtige Gesichtspunct, dann beantwortet sich unsre Frage immerhin schon leichter. Es genügt, dass mit möglicherweise tödtlichen Waffen, und zwar ernstlich d. h. in Leib und Leben erheblich gefährdender Weise gekämpft wird. Darin aber liegt bereits die Grenze hinreichend angedeutet, innerhalb welcher das Vergehen des Zweikampfes, ausserhalb welcher das blosse gesundheitsgefährliche Kampfspiel liegt. Innerhalb der Grenze ist das bisher allzusehr betonte Motiv lediglich ein beachtenswerthes Indicium der Ernstlichkeit und Tödtlichkeit. Es gehört m. E. dem Vergehen des Zweikampfes an:

1. Der wirkliche Ehrenzweikampf d. h. derjenige, welcher einer wirklichen oder vermeintlichen, stets aber erheblichen Ehrverletzung wegen stattfindet.
2. Der Rachezweikampf, hervorgehend aus dem Motive der Todfeindschaft, des Hasses, der Herrschsucht, der Eifersucht. Höchstens letzteres Motiv könnte allenfalls in gezwungener Weise auf gekränktes Ehrgefühl des „ausgestochenen" Liebhabers zurückgeführt werden.

Dagegen liegt ausserhalb des Vergehens, sucht und findet seine Erledigung durch specielles Polizeireglement, namentlich für den akademischen Verband, eine Gattung des Duells, welche nur in einem scheinbaren Zusammenhange mit den oben genannten Arten steht, nämlich

3. Der Wett- oder Spielzweikampf. Dieser unterscheidet sich vom Kampfspiel nur dadurch, dass

a. die öffentliche Schaustellung nicht stattfindet — welche indess im Wesentlichen nur darum unterbleibt, weil das Spiel als gefährliches eben verboten ist —, dass

b. eine lediglich simulirte Ehrenkränkung, nämlich eine vom Herausfordernden oder noch häufiger von beiden Theilen absichtlich provocirte, ihm das Scheingepräge eines Ehrenkampfes zu geben bestimmt ist.

Das wahre Motiv ist vielmehr, eine Probe des Muths und der Geschicklichkeit in Führung der Waffe abzulegen, daneben oft in letzterer Beziehung die Ueberlegenheit derjenigen Genossenschaft darzuthun, welcher jeder der kämpfenden Theile angehört. Kaum brauche ich noch zu sagen, dass ich das gewöhnliche Studentenduell meine. Auf dieses eben als sein letztes heutiges Ueberbleibsel hat das Turnier und Waffenspiel des Mittelalters im Lauf der Zeit sich reducirt. Wir haben in demselben wiederum (vgl. oben §. 40), wenn ich so sagen darf, einen Wanderbegriff vor uns. Das Kampfspiel des Ritterthums kehrte im Verlauf des 16. bis 18. Jahrhunderts mit dem raffinirten Character des Raufboldzweikampfes, gewerbmässig von Spielern und Abenteurern betrieben, aus Frankreich zurück, streifte in Deutschland allmälig jenen unehrenhaften Zusatz wiederum ab, und veredelte sich in der Hand der akademischen Jugend zu einer Probe des Muths und der Waffengewandtheit, aber auch der Emancipation von der bürgerlichen Ordnung, blieb daher mit vollem Recht eben aus letzterem Grunde und seiner Gesundheitsgefährlichkeit halber behaftet mit dem Anathema der akademischen Polizeigesetze.

Die höchst lehrreiche Geschichte der Wandelung an diesem Ort näher zu verfolgen, kann unsre Absicht nicht sein. Nur darauf kam es an, die grundsätzliche Verschiedenheit dieser Uebertretung, welche lediglich der Polizeigewalt anheimfallen kann, wenn sie nicht in concreto in einen wirklichen Ehren- beziehungsweise Rachekampf ausartet, —

vgl. für Preussen die Reglements vom 28. Decemb. 1810. §. 9 und vom 18. Nov. 1819. §. 11 einerseits mit dem Preuss. St. G. B. Tit. 14 andrerseits —

von dem eigentlichen Vergehen des Zweikampfes zu constatiren, und dasselbe demgemäss allganz auszuscheiden, ehe auf die strafrechtliche Kennzeichnung des eigentlichen Zweikampfes näher eingegangen wird. Es ist eben diese begriffliche Ausscheidung, und damit die genügende Erörterung der obigen dritten Frage, welche ich in den Lehrbüchern des Strafrechts vermisse.

Ganz anders steht es nämlich mit dem sogenannten Militairduell.

Dieses fällt an sich unter die Kategorie des eigentlichen Ehrenzweikampfes, und nur aus besondrer Rücksicht auf die Standesansichten und die Empfindlichkeit der Waffenehre, also aus criminalpolitischen oder aus Billigkeits-Gründen, liess man es von der bürgerlichen Strafgesetzgebung eximirt. Es ist seiner Natur nach nichts weniger als ein blosses gesundheitsgefährliches Kampfspiel, trägt vielmehr das volle Gepräge der Ernstlichkeit und erheblichen Gefährlichkeit — Merkmale, welche dem gewöhnlichen Studentenduell fehlen. Denn letzteres ist und bleibt ein blosses Spiel mit gefährlichen Waffen, ein Scheinzweikampf, mit dem seiner Quelle dem Ritterturnier entsprossenen Zweck, den Gegner zum Aufgeben des Kampfes zu nöthigen, und so an dem für besiegt Erklärten die Probe des Muths und der Ueberlegenheit im Waffengebrauch abzulegen. Eine solche Geschicklichkeitswette verfällt aber, wie gesagt, ihrer Ordnungswidrigkeit und wenngleich unerheblichen Gesundheitsgefährlichkeit halber den Polizeistrafen des akademischen Reglements. —

Mehr Gewicht als auf diese Abgrenzung des Inhalts legt die herrschende Meinung auf die äussere Form des Kampfes, nämlich auf die Unterscheidung des regelrechten und unregelrechten Duells, je nachdem die herkömmlichen Formen der Einleitung und Ausführung beobachtet worden sind oder nicht —, so grosses Gewicht, dass Einige, so

Berner a. a. O.

die „Regelmässigkeit" sogar der Definition einverleiben, also für wesentlich erklären. Richtiger ist der Standpunct gleichsehr der älteren Doctrin

vgl. Feuerbach a. a. O. Heffter a. a. O.

und der neueren Gesetzgebung, z. B. des

Preuss. St. G. B. §§. 164. 170,

welcher die Regellosigkeit, namentlich die Vollziehung ohne Secundanten, entweder als Straferhöhungs- oder, wie das genannte Gesetzbuch, als Strafschärfungsgrund hinstellt. Unter diesen beiden Behandlungsweisen erscheint mir die erstgenannte als die consequentere. Ist nämlich der Begriff des Zweikampfes ohne Berücksichtigung der sog. Regelmässigkeit aufgestellt worden, dann ist das mehr oder weniger regellose Duell eben im Begriff und Strafrahmen bereits mitbefasst, dann darf es nicht als qualificirtes mit einem das Maximum überschreitenden Strafmass wiederum ausgeschieden werden. — Regellos ist häufiger der Rachezweikampf, seltener das Ehrenduell. Den Straferhöhungsgrund finde ich in der grösseren Gefährlichkeit, die schon im Abstreifen der herkömmlichen Scheinordnung hervortritt, in dem

Bestreben, auch dieser Controle sich zu entziehen. Das sog. Rencontre ist meist, aber nicht immer ein regelloses Duell.

Mit anderen Delicten unserer Gruppe theilt der Zweikampf die Verständigung, die Willenseinigung über den gemeinsam zu vollziehenden Thatact, welchen das heutige Recht zum Verbrechen beziehungsweise Vergehen stempelt, und somit auch über das gemeinsam zubegehende Delict selbst, durch gegenseitiges Zusammenwirken. Als Besonderheit dieses Falles des concursus necessarius tritt aber hinzu die eigenthümliche Thatgestaltung des Zusammenwirkens: ein Kampf, ein Streben mit bewaffneter Hand sowohl sich selbst zu vertheidigen als auch den Mitthäter wenn möglich zu verletzen und dadurch kampfunfähig zu machen. Das gegenseitige Zusammenwirken in Gestalt des actuellen Entgegenwirkens. Eben dieser sich gegenseitig hindernden und entgegenstrebenden Thätigkeit wegen nennt man die Mitthäter hier am Angemessensten: Gegner.

Da das gemeine Recht für die Lehre vom Zweikampf so überaus geringe und schwankende Ausbeute liefert, erscheint es räthlich, hier an einem Specialrechte die allgemeinen Grundsätze der Theilnahme, unsrer Theorie gemäss, durchzuführen. Das

Preuss. St. G. B. Tit. 14 des II. Theils

stellt, wie bemerkt, den Zweikampf mitten inne zwischen die Ehrverletzungen einerseits und die Verbrechen wider das Leben andrerseits und bezeichnet dadurch seine Auffassung, erhebt aber — gleich dem bekannten, durch kaiserliches Decret bestätigten niemals aber förmlich publicirten Reichsgutachten von 1668 — schon die blosse Herausforderung, auch die nichtangenommene, zum strafbaren Vergehen. Also eine blosse und zwar zunächst einseitige Vorbereitungshandlung gestaltet sich zum positiven Sonderdelict, weil in derselben ein durch den Druck der gemeinen Meinung eines beschränkten Kreises von Standes- und Gesinnungsgenossen verstärkter Zwang liegt, ein ebendadurch besonders wirksames Anstiftungsmittel zur Einwilligung des geforderten Gegners. Wird dennoch abgelehnt, dann stockt der Process in diesem Sondervergehen der misslungenen Anstiftung.

Hat aber die Herausforderung Erfolg, wird durch deren Annahme die Einwilligung vom Gegner ertheilt — ein Sichanstiftenlassen, welches den Herausforderer im strafbaren Vorhaben bestärkt, also als geistige Rückeinwirkung sich darstellt —, dann gesellt sich zwar zunächst zum Sondervergehen des Herausforderers ein zweites des Gegners: die Annahme der Herausforderung. Allein beide Sondervergehen verschmelzen sich für die praktische Auffassung des Gesetzgebers nunmehr zu Einem:

der strafbaren Uebereinkunft zum Zweikampfe (§§. 164. 165 des G. B.). Innerhalb des weiten Strafrahmens (Einschliessung von einem Tage bis zu sechs Monaten) liefert für jeden der Mitthäter die Stärke seiner verbrecherischen Einwirkung den Strafmassstab. Als der strafwürdigere erscheint der Herausforderer. Ihm nähert sich der Annehmende, sofern er ohne Weigerung annahm (sich anstiften liess) und dadurch die Verabredung über das zubegehende Delict des Zweikampfes zum Abschluss brachte. Dagegen fällt das Mass seiner Strafbarkeit mit der geringeren Freiwilligkeit, wofern er nämlich erst verstärktem Druck und etwaigen Drohungen sei es des Anstifters sei es geistiger Helfer desselben endlich nachgab. Bei besonders gefährlicher Herausforderung und Uebereinkunft, und zwar dahin, dass Einer auf dem Platze bleiben soll (vgl. §. 165 des St. G. B.) tritt Erweiterung des Strafrahmens, ein qualificirtes Sondervergehen des genannten Inhalts ein.

Die Kartellträger — herkömmliche Ueberbringer der Herausforderung, zugleich Vertreter der druckübenden Genossenmeinung, und theils deshalb theils wegen der Unangemessenheit eines directen Verkehrs (wenigstens bei schwebender Ehrverletzung) durch briefliche Forderung nicht ersetzbar — diese Kartellträger machen wiederum eines Vergehens und gleicher Strafe sich schuldig (§. 166). Sind sie Mitanstifter, oder Zwischenpersonen bei der Anstiftung?

Vgl. oben unseren §. 44.

Ich meine, keins von beidem. Sie überbringen zunächst lediglich die Herausforderung und würden demnach als Helfer bei dem Sondervergehen des Herausforderers, sowie des etwa Annehmenden, endlich auch als vorgängige Helfer zum Zustandekommen der Uebereinkunft und des nachfolgenden Zweikampfes, an und für sich dem §. 34. 2) des St. G. B. anheimfallen. Die Hülfe aber wäre im vorliegenden Fall eine „wesentliche", und schon dadurch das gleiche Strafmass gerechtfertigt. Die Hülfe erscheint als gemischte, überwiegend aber geistige. Innerhalb des Strafrahmens steigt ihr Strafmass erheblich, wenn sie besondere Bestärkungsmittel zur Anwendung brachten, etwa die Alternative stellten der Annahme oder Bedrohung mit Thätlichkeiten oder sonstigen Uebeln für den Fall der Weigerung. Bei Ehrenzweikämpfen ist die Alternative der Annahme oder Abbitte meist durch einen drohenden Zusatz verstärkt. Straflos bleiben nach §. 173 des St. G. B. — wie nach anderen Gesetzbüchern — die Kartellträger dann, wenn sie ernstlich bemüht gewesen, den Zweikampf zu verhindern, eine Bestimmung, die nach

Berner a. a. O. §. 214 a. E.

„Billigung verdient". Allein, wenn ihre Versuche die „Parteien" vom Duell zurückzuhalten erfolglos geblieben, und sie nun dennoch die Herausforderung ausrichten, die Annahme entgegennehmen, dann sind und bleiben sie allgemeinen Grundsätzen gemäss Helfer zum Zweikampf. Sie konnten das Gewerbe ablehnen; nur Herabsetzung des Strafmasses war gerechtfertigt. Aber freilich, wenn Secundanten überhaupt straffrei ausgehen (§. 172), dann mogte jene Bestimmung geboten sein.

Die künftigen Duellanten nennt das G. B. „beide Theile" oder „Parteien", einem alten Sprachgebrauch folgend, welcher im Anschluss an den gerichtlichen Kampf von Part und Gegenpart spricht. Für das blosse Vorbereitungsvergehen erschien die Bezeichnung „Thäter" unnatürlich, die als „Hauptbetheiligte" oder „Betheiligte" nicht deutlich. Was aber stand dem Wort „Gegner" im Wege?

Vgl. §. 169 des St. G. B.

Geben sodann diese Parteien aus freiem Antrieb den beredeten Zweikampf wiederum auf, dann tritt auch für das bereits begangene Sondervergehen der Duellübereinkunft (Herausforderung und Annahme) rückwärts Straflosigkeit ein. Wogegen, wenn der vereinbarte Kampf stattfindet, dieses Vergehen das bis dahin begangene Sonderdelict der Uebereinkunft allganz absorbirt. —

Der Zweikampf des St. G. B. begreift in sich auch das sog. Rencontre, wie weiter unten erhellen wird. Unterschieden aber werden vom einfachen Duell — welches, wie oben gezeigt, den Worten nach auch das unregelmässige mitbefassen müsste — zwei qualificirte Fälle:

a. der ohne Secundanten vollzogene, insoweit also regellose, Zweikampf (§. 170),
b. der auf Tödtung eines von beiden Theilen abzielende, wenn die Tödtung erfolgt ist (§. 169).

Auffällig genug fehlt eine Bestimmung für den Fall, wo zwar die Tödtung vereinbart, aber nicht erfolgt war. Die Hinweisung auf den §. 165 genügt nicht, da das Sondervergehen dieses §.en bereits absorbirt ist. Oder sollte etwa die nichterfolgte Tödtung als freiwilliges Aufgeben dieses Zwecks interpretirt werden?

Die Gründe aber der Straflosigkeit und der Nichtverpflichtung zur freiwilligen Anzeige für Secundanten und Kampfzeugen (§. 172) sind sicherlich criminalpolitischer Natur. Rechten wir nicht mit dem Gesetzgeber, wenn er dem Zuge der Zeitanschauung gefolgt ist. Nur muss von der Wissenschaft festgehalten werden, dass die genannten betheiligten Nichtthäter an und für sich Helfer sind, und hinreichende Rechtsgründe für deren Straflosigkeit aufzutreiben sicher niemals ge-

lingen wird. Anders bei zugezogenen Aerzten. Uebrigens stand zu erwarten, dass die Straflosigkeit der Secundanten ohne bedenkliche praktische Folgen nicht bleiben werde. Und bereits hat hinreichende Erfahrung die Frage nahe gelegt: wie, wenn Personen, die re vera Kartellträger waren, von den Duellanten zu dem Ende als Secundanten verwendet worden sind, um sie dadurch der Strafe zu entziehen? Das Gesetz freilich lässt diesem Umgehungsversuch gegenüber keinen Zweifel aufkommen. Wie aber steht es in der Rechtsanwendung?

Um nun von den Strafschärfungen wegen tödtlichen Erfolges ganz abzusehen, entstehen folgende Fragen:

1. Ist das Rencontre wirklich, wie oben vorausgesetzt, in dem allgemeinen Zweikampfbegriff des St. G. B. mitenthalten, oder ist es vielmehr in den Bestimmungen der §§. 170 beziehungsweise 171 zu suchen? Ohne Zweifel Ersteres. Denn die Nichtzuziehung von Secundanten gehört — wie häufig sie dabei eintreten mag — zum Begriff des Rencontre überall nicht, und ebensowenig die vorsätzliche Uebertretung anderer Regeln des Zweikampfes zum Behuf einer Tödtung oder Körperverletzung. Vielmehr ist lediglich die coincidente Vereinbarung d. h. die dem Kampfe unmittelbar vorausgehende, scheinbar mit dessen Beginn zusammenfallende, das Kennzeichen des Rencontre.

Vgl. auch Morstadt, Comm. zu Feuerbach, Lehrb. §. 190. Anm. 1. und Berner a. a. O.

Begrifflich legt aber das St. G. B. auf die Planmässigkeit und Vorgängigkeit der Verständigung so geringes Gewicht, dass es sogar die Vereinbarung überhaupt nicht ausdrücklich betont, aber freilich in indirecter Weise deutlich genug voraussetzt. Nur wird dadurch — kaum bedarf es der Erwähnung — die straferhöhende Wirkung einer planmässigen Vorverabredung (Zweikampf im engeren Sinne) im Gegensatz zu der coincidenten (Rencontre) in keiner Weise von der Strafzumessung ausgeschlossen.

2. Die allgemeinen Grundbegriffe und Grundsätze der verbrecherischen Betheiligung, sind dieselben anwendbar auf diesen Fall des concursus necessarius?

Die Bejahung dieser Frage mag durch alles Vorstehende bereits vorbereitet sein. Ganz unzweifelhaft aber wird dieselbe durch Folgendes:

a. durch die Gestaltung der blossen Herausforderung (Anstiftung, erzeugende geistige Einwirkung und Mitschuld) und deren Annahme (Sichanstiftenlassen, geistige Rückeinwirkung) zum Sondervergehen; nicht minder

b. in der Strafsatzung für die Kartellträger (s. oben),

c. durch die Bestimmung des Schlussparagraphen (§. 174), wonach jeder Anreizer (Anhetzer) zum Zweikampf mit schwerer Strafe bedroht ist. Darunter ist zu verstehen sowohl der zur Herausforderung beziehungsweise Annahme anstiftende Dritte, als der geistige Helfer ebendazu wie auch zur Vollführung des bereits vereinbarten Zweikampfes.

d. Freilich absorbirt der stattfindende Zweikampf das vorangegangene Sondervergehen der Herausforderung und Annahme, allein nur so, dass die That- und Schuldmomente dieser Uebereinkunft nunmehr in dem concreten Zweikampfvergehen selbst ihre volle strafrechtliche Würdigung finden müssen.

Innerhalb des Strafrahmens nämlich wird die Strafe für jeden der beiden Mitthäter (Gegner) zu bemessen sein

I. nach dessen Thatantheil. Gemäss der eigenthümlichen Natur des Duells, wonach jeder Theil mindestens eventuell auch in die eigene Verletzung durch den Gegner consentirt hat, ein Umstand, welchem als strafmilderndem schon das heutige Strafgesetz zur Genüge gerecht wird — kommt auf die Verletzung an Leib oder Leben, welche A dem B, nicht aber etwa B dem A, innerhalb der in concreto vereinbarten Kampfesregeln zugefügt haben mag, weitaus weniger an, als auf das so zu sagen treibende, bewegende Thatmoment: wer unter den Duellanten ist Herausforderer gewesen, und somit nach vorläufig nur äusserlicher Betrachtung Anstifter des Mitthäters, wer lediglich Angestifteter, m. a. W. in welchem Subjecte finden wir das treibende Element des Thatactes, in welchem das vorwiegend getriebene? Daneben prüfe man

II. den Schuldantheil, zuvörderst

a. den isolirten eines jeden. Lag seiner Betheiligung überlegter Vorsatz, oder etwa nur übereilter zugrunde? Letzteres (impetus) wird bei dem Rencontre bald auf beiden, bald nur auf Einer Seite sich herausstellen, Ersteres aber durch die planmässige Vorverständigung über Modalitäten und Ziel des Kampfes hinreichend indicirt sein. Sodann aber steht zur Erwägung

b. des Einzelnen Mitschuldantheil an Willensbestimmung und Thätigkeit des Mitthäters. Hier, wie im Thatacte selber, machen wiederum die Momente der Anstiftung beziehungsweise des Sichanstiftenlassens — jene als geistige auf Erweckung des jenseitigen verbrecherischen Entschlusses gerichtete Einwirkung, dieses als den Anstifter bestärkende geistige Rückeinwirkung — in verschiedener Stärke sich geltend. Nur darf dabei der Herausforderung, diesem äusserlichen

Vorgange, das allein entscheidende Gewicht nicht beigelegt werden. Denn hier handelt es sich um innerliche Zurechnung. Vielleicht hatte der Annehmer den Herausforderer (scheinbaren, äusserlichen Anstifter) durch absichtliche Provocation zur Forderung aufgestachelt, so dass in ihm die geistige Quelle des Entschlusses zu suchen ist, nicht in dem fordernden Gegner. Dies kommt bei dem uneigentlichen Duell (dem Spielzweikampfe s. oben) auch in umgekehrter Richtung vor, ist sogar der gewöhnlichste Fall: der Herausforderer hatte seinerseits den Gegner durch Stimulationen zur angeblichen Injurie provocirt. Gilt es doch als Kennzeichen des routinirteren, geistig überlegenen Duellanten, dem künftigen Gegner die Pseudo-Beleidigung gleichsam abgenöthigt zu haben. Doch der eigentliche Zweikampf ist es, welcher hier zur Frage steht.

Massgebend ist ferner auch der Umstand, welches Mittel der Anstiftung gewählt wurde, durch welcherlei Alternativestellung oder gar Bedrohung der Herausforderer seinem Anstiftungswillen die nöthige Wirksamkeit verliehen hat. Endlich in ähnlicher Weise: wer von beiden die Modalitäten und das Ziel des Kampfes in Vorschlag gebracht beziehungsweise festgestellt haben mag, und dadurch bei der Vorverständigung überwiegend auf die Willensbestimmung des Gegners eingewirkt hat.

Mutatis mutandis muss für die als Nichtthäter etwa schuldhaft betheiligten Personen, soweit nicht das Gesetz dieselben trotzdem für straffrei erklärt, der That-, Schuld- und Mitschuldantheil bestimmt werden, hier nach den Grundsätzen der Anstiftung beziehungsweise geistigen oder gemischten Hülfe

> vgl. im Preuss. St. G. B. §§. 166. 174. mit Titel 3. („von der Theilnahme")

wie dort für die Duellanten nach den allgemeinen Regeln für die Mitthäterschaft.

Somit fehlt es an jeglichem Grunde für die herrschende Lehre, welche diesen ersten Fall des concursus necessarius von Grundbegriffen und Grundsätzen der Verbrecherconcurrenz ausschliessen will.

Näherer Prüfung scheint nur noch diese eine Frage zu bedürfen:

Kann der Umstand, dass die Einwilligung des Gegners — und für die etwa betheiligten Dritten, beider Gegner — in den eventuellen Erfolg des Zweikampfes vorliegt, strafmindernd für alle strafbar Betheiligten ins Gewicht fallen? Man könnte so argumentiren: Ueberhaupt ist, wie heute allgemein anerkannt sein dürfte, die principale oder eventuelle Einwilligung in die Verletzung unverzichtbarer Güter, wie leibliche

Integrität und Leben, zwar nicht im Stande die Verbrechensnatur aufzuheben, wohl aber dazu, bei relativer Strafsatzung jedenfalls einen Strafminderungsgrund abzugeben. Allein dieser unbestreitbare Satz entbehrt da jeglicher Stütze, wo bereits das Strafgesetz in dem herabgesetzten Strafrahmen eben jenem Umstande in der Satzung selber volle Rechnung getragen hat. Und dies ist der Fall bei dem Zweikampfe, dessen mildere Beurtheilung zum grossen Theil auf jener ratio ruht. Man vergleiche nur z. B. im

Preuss. St. G. B. die §§. 168. Al. 2. und 169 mit den §§. 175 und 176 dess. G. B.

Unmöglich also kann derselbe Umstand dann noch einmal strafmindernd wirken.

§. 56.

2. Die Bestechung.

Nach heutiger Auffassung ist Bestechung: die Gewährung eines Vermögensvortheils von Seiten Jemandes, und deren Annahme von Seiten eines Beamten oder diesem Gleichgestellten, zum Zwecke der Einwirkung auf eine Amtsthätigkeit des letzteren. Wenn irgend ein Delict der hier behandelten Gruppe, so bietet dieses Anhalt für die Durchführung unsrer Theorie. Es musste daher in der rechtsgeschichtlichen Darstellung des Grundgedankens der Verbrecherconcurrenz (Abschnitt I gegenw. Theils) bereits vielfaches Material abgeben. Im letzten Grunde ruht jede verbrecherische Mitschuld auf gegenseitiger Corruption.

Es hiesse Wasser in das Meer tragen, wollte ich eine eingängliche Erörterung der Verbrechensmerkmale unternehmen, nachdem dies in so scharfsinniger wie vollständiger Weise geschehen ist, namentlich von

Berner, Lehrb. §. 224,

dessen Quellenmaterial indess hier einige Ergänzungen finden mag, u. A. aus dem römischen Recht mit

Paul. S. R. V. 25. 2.
L. 6. C. ad. leg. Jul. repetund. 9, 27.
L. 2. §. 2. D. de cond. ob turp. caus. 12, 5.
L. 38. §. 10. D. de poenis. 48, 19,

welche Stellen in Verbindung mit

L. 1. §. 2. L. 21. D. de leg. Cornel. de fals. 48, 10.

erst die geschichtliche Entwickelung des Verbrechensbegriffs in das

rechte Licht stellen dürften. Ferner aus dem canonischen Recht (simonia)

c. 4. Caus. 15. Qu. 3.,

aus den Volksrechten u. A.

L. Ripuar. c. 88 („munera in judicio accipere").

Abgesehen von diesen Nachträgen verweisend auf Osenbrüggens treffliche Anmerkungen in

Dessen und Morstadts Krit. Comment. zu Feuerbach, Lehrb. §§. 479. b. ff.,

kann ich nicht unterlassen als kennzeichnend hervorzuheben, wie das Mittelalter und sogar noch neuere Particularrechte bestrebt gewesen sind den Begriff der corruptio zu verallgemeinern. Ersteres in dem kaum genügend aufgeklärten crimen „barattariae". Allem Anschein nach begriff dasselbe Kniffe, Schliche und Ränke mancherlei Art im Handel und Wandel, wobei allerdings Collusionen zum Schaden Dritter und zu eigenem schnöden Gewinn die Hauptrolle spielen. Der Ursprung des Worts ist dunkel.

Cf. Du Cange Glossar. s. v. Bara — baranca — barataria.

Vielleicht ist nicht grundlos die Conjectur von

Diez, Etymol. Wörterb. der roman. Sprachen. s. v. barattare,

welcher dieses Zeitwort auf πράττειν (τινί τι) zurückführt, in der Bedeutung: Geldgeschäfte machen, handeln, Kniffe gegen Jemand brauchen. Darin lag zugleich ein qualificirter und besonders gefährlicher Specialfall der gegenseitigen corruptio unter Colludenten, die Verleitung zu widerrechtlicher Uebervortheilung eines Anderen um eigenen Gewinn, welche zum crimen sich gestaltete.

Kennzeichnend aber ist ferner, dass noch in Particularrechten des 17. Jahrhunderts „Bestechung" an Nichtbeamten begangen technisch auftritt, z. B. Bestechung der Verwandten bei Brautwerbung, wobei dem Bestecher vorzugsweise an der reichen Braut gelegen ist; die colludirenden Verwandten sollen das unschuldige Opfer zur Heirath mit dem Bestecher bereden. Davon handelt u. a. eine

Schleswigsche Verfüg. vom 13. März 1607. —

Ferner zieht die Bestechung als gewöhnlichstes Mittel zur widerrechtlichen Erlangung und Uebertragung eines Amts auch diese species ambitus in ihren Bereich, während die blosse Amtserschleichung gemeiniglich dem Betruge anheimfällt. —

Neuere Gesetzbücher, u. a. das

Preuss. St. G. B. §§. 309. 311.,

strafen bekanntlich diejenige Bestechung, welche auf an und für sich

nicht pflichtwidrige Handlungen gerichtet ist, lediglich als passive, also nicht am Bestecher — ein Gesichtspunct, welcher bereits den Römern nicht ganz unbekannt war

cff. L. 4. 6. D. de leg. Jul. repetund. 48, 11.
L. 2. §. 2. D. l. 12, 5.

Diese schritten aller Wahrscheinlichkeit nach überhaupt erst in der Kaiserzeit zu allgemeiner Bestrafung des Bestechers, für welchen das crimen repetundarum keinen Raum bot, machten aber dann zwischen den Fällen der pflichtmässigen und pflichtwidrigen Amtshandlung — eine Grenze, die schwer bestimmbar sein dürfte — keinen ersichtlichen Unterschied. Das entscheidende Moment bei der Bestechung liegt im „gesetzwidrigen Einwirken und Einwirkenlassen auf die Amtsthätigkeit" überhaupt

Osenbrüggen a. a. O. S. 786. zu Not. 9.
vgl. auch K. G. Visit. Absch. von 1713. §. 46.

Ebendarum ist jene Unterscheidung des Preussischen und anderer Gesetzbücher von höchst zweifelhaftem Werth. Die Amtsthätigkeit darf überhaupt als käuflich („fides venalis") nicht betrachtet werden. Es ist ein Bruch der Rechtsordnung auf Seiten beider Betheiligten vorhanden — nicht eine blosse „Tactlosigkeit" des Bestechers, wie für obigen Fall

Beseler, Komment. etc. S. 553.

annimmt —, wenn mit dem Bewusstsein der Einwirkung über Beobachtung oder Nichtbeobachtung der Amtstreue um schnöden Gewinn — gehandelt wird. Vor Allem freilich soll der Beamte selbst

„καθαρὰς Φυλάττειν τὰς χεῖρας (θεῷ τε καὶ ἡμῖν καὶ τῷ νόμῳ)"
Nov. 17. c. 1. Nov. 82. c. 9.
cf. L. 6. §. 2. D. de leg. Jul. repetund. 48, 11. verb:
„utque — magistratus ab omni sorde se abstineant".

Allein dies vermag höchstens die Differenz des Strafmasses zwischen den Mitthätern im hier fraglichen Falle um ein Erhebliches zu erweitern.

Wenn man zweckmässigerweise das Verbrechen selbst in active und passive Bestechung auflöst, schon um die Stufe des Versuchs von der Vollendung gehörig scheiden zu können, so ist doch dringend zu warnen vor der Fassung, um nicht zu sagen Auffassung bei

Heffter, Lehrb. §. 545,

es sei „eigentlich ein Doppelverbrechen, sowohl von Seiten des Bestochenen wie auch des Bestechenden vorhanden". Rechten wir nicht mit dem hervorragenden Juristen über des Satzes mangelhafte Fassung,

welche wörtlich genommen jedem der Betheiligten ein — Doppelverbrechen aufzwingt! Auch dem wahren Sinne nach — Heffter will sagen: nämlich das eine Delict auf Seiten des Bestochenen, das andere auf Seiten des Bestechenden — ist die Bezeichnung eine handgreiflich irrige. Es liegen vielmehr nur vor zwei sich begegnende und im Zusammentreffen, nämlich im Abschlusse der rechtswidrigen Uebereinkunft, sich vereinende Thätigkeiten je eines Subjects: das Geben und das Nehmen zu verbrecherischem Zweck, welche im Zusammenstoss den Thatact Eines untheilbaren Delicts bilden. Oder besteht etwa der Vertrag des Civilrechts „eigentlich" aus zwei Rechtsgeschäften, dem einen des Proponenten, dem anderen des Acceptanten! Mag immerhin nach jenen neueren Gesetzgebungen und ausnahmsweise einmal nach gemeinem Recht das Geben allein oder gar das Nehmen allein unter gewissen Voraussetzungen straffrei ausgehen, der verbrecherische Thatact des Nehmers kann auch dann ohne Geben beziehungsweise Gewähren, der des Gebers ohne Annahme überall nicht gedacht werden.

Nur das rechte Wort fehlt unsrer Sprache, um die zweifellose begriffliche Einheit des Delicts entsprechend wiederzugeben, um das Bestechen und das Sichbestechenlassen auch sprachlich zu vereinen. Das römische „corruptio" vermag allenfalls neben dem activen auch das passive Moment auszudrücken. Ich würde daher in Ermangelung einer besseren die Benennung „Amtscorruption" der jetzt gangbaren vorziehen.

Dieses Delict bildet, wie auch das System in

Berners Lehrb. Viertes Buch. Erster Titel. II.

treffend hervorhebt, neben verwandten Vergehen ein Mittelglied zwischen den delicta communia einerseits, und den delicta propria der Beamten andererseits.

Es stehen sich gegenüber:

a. als Nehmender ein Beamter im weitesten Sinne dieses Worts,

Preuss. St. G. B. §. 331. Al. 1.

oder eine positivrechtlich dem Beamten gleichgestellte Person, z. B. nach

dems. St. G. B. §§. 310—313.

der Schiedsrichter und Geschworne, welcher an seiner Amtstreue frevelt,

b. als Gebender beziehungsweise Gewährender irgendwelches Individuum, meist ein Nichtbeamter.

Das Nehmen des ersteren, das Geben beziehungsweise Gewähren

des letzteren ergänzt sich zu derjenigen Uebereinkunft, welche den Thatact der Amtscorruption bildet. Die im erlaubten Vermögensverkehr Mitcontrahenten sein würden, im Gebiete der verbrecherischen Uebereinkunft sind sie Mitthäter.

Wie zu erwarten, spielt auch hier der dunkle Begriff „Miturheber“ seine unheimliche Rolle,

vgl. Feuerbach, Lehrb. §. 479. b. a. E.
Berner, Lehrb. §. 224. nach Anm. 3.

Dieser Pseudobegriff soll sogar eine Gleichheit der Bestrafung, wenn nicht der Art doch dem Masse nach, rechtfertigen! Freilich bestreitet

Mittermaier zu Feuerbach. §. 479. c. Not. V.

die „Miturheberschaft“ und deren Consequenzen; allein nur, um das Vergehen des Bestechenden als ein „eigenes“ hinzustellen, m. a. W. die Einheit des Delicts preisgebend in das „Doppelverbrechen“ Heffters zurückzufallen.

Wenn irgendwo, so ist eben hier jener einfache Begriff der Mitthäterschaft zutreffend. Das Wesen jeder Uebereinkunft, also auch der unerlaubten oder gar gesetzwidrigen, fordert Ergänzung der Handlung des einen Subjects durch die des anderen. Hier tritt die Ergänzung so auf: Einwirken des A, Einwirkenlassen des B auf des letzteren Amtsführung; Gewährung eines Vermögensvortheils von der einen, Gewährung einer Amtsthätigkeit beziehungsweise Unterlassung um jenen Preis von der anderen Seite. Damit ist die Natur der Uebereinkunft, und zugleich die des Vergehens, nach deren äusserer Erscheinung ganz entsprechend gekennzeichnet, aber freilich der strafrechtliche Gehalt beider nichts weniger als gewürdigt.

Wenn irgendwo, so ist eben hier die geistige Einwirkung der Mitthäter auf einander von entscheidender Bedeutung für die Beurtheilung der Mitschuld. Corruption ist ein überwiegend geistiger Begriff. Der Corrumpent verderbt die Seele des künftigen Mitthäters, indem er die Reinheit der Amtstreue, und somit den gesunden Keim des Guten mit dem umsichfressenden Wurm des Bösen, der Unredlichkeit und Untreue, behaftet und so dem Treubruch entgegenführt. Der dafür empfängliche Beamte lässt sich corrumpiren — immer als Normalfall einstweilen vorausgesetzt, dass der verbrecherische Anstoss vom Bestecher ausgegangen. Dadurch aber, dass er empfänglich (bestechlich) sich erweist, wirkt der Beamte zurück auf den Bestecher, dessen verbrecherischen Willen durch die Kraft der Uebereinstimmung im Bösen bestärkend. Erst durch Hin- und Rückgabe des verbrecherischen

Gedankens entsteht die „consensio“ (Cic.) als Uebereinstimmung in der bösen That, wird die depravatio animi zur corruptio. Die Summe der Entsittlichung, welche im Gefolge um sich greifender Bestechlichkeit in alle Schichten der Bevölkerung hineindringt, bedarf historischen Nachweises nicht, weder aus der Vor- noch Neuzeit. Exempla odiosa.

Genug, wir sehen den echten Typus desjenigen Processes vor uns, welcher nach meiner Theorie das Fundament der verbrecherischen Theilnahme bildet

s. oben §§. 17. 18.

Und eben hier sollten die Grundbegriffe und Grundsätze des concursus ad delictum ausgeschlossen sein! Bringen wir die Mitthäter unter die Lupe unsrer Theorie.

I. Der Thatantheil ist durchaus verschiedenartig. Einerseits die gebrochene Amtstreue, das „habere fidem magistratus venalem“,

Cic. Verr. 5. c. 62.

cff. L. 7. C. quando provocare. 7, 64.

L. unic. C. de perfect. dignit. 12, 33,

welches zugleich als Amtseidesbruch sich darzustellen pflegt; der bei Weitem grössere Antheil am Thatacte und Vergehen selbst, auch dann, wenn die Anstiftung dazu vom Bestecher ausgegangen. Andrerseits das Unternehmen, eigenen Vortheil oder Schaden für Andere durch Erkaufen der Amtsthätigkeit zu erreichen, die meist eidlich bestärkte Treupflicht des Wächters der Gesetze wankend zu machen und somit alle Rechtssicherheit und Auctorität zu untergraben, obendrein gemeiniglich auf dem Wege der Anstiftung: Verlockung um schnöden Lohn. Mit der Schwere der intendirten Pflichtwidrigkeit steigt für jeden Mitthäter die Strafbarkeit des Verbrechens — so namentlich im Strafverfahren, wenn es um Begünstigung oder gar Benachtheiligung eines Angeschuldigten sich handelt.

Preuss. St. G. B. §§. 312. 313.

Allein das Verhältniss der beiderseitigen Thatantheile wird dadurch an sich kein anderes; immer überwiegt der des mitwirkenden Beamten.

II. Der isolirte Schuldantheil eines jeden ergibt sich aus der Beschaffenheit der vorsätzlichen Willensbestimmung, die je nach Umständen auf beiden, oder nur auf der einen Seite als überlegter Vorsatz sich herausstellen wird. Weniger scharf dagegen pflegt hier hervorzutreten der Unterschied zwischen Vorverständigung und coincidentem Einverständniss, schon weil das Delict nicht ex compacto geschieht — um mit der Doctrin früherer Jahrhunderte zu reden —, sondern per compactum, indem es in einem compactum selber seine

Vollendung findet. Dennoch kann eine Vorverständigung hier stattfinden; es können Verhandlungen über die Modalitäten der Bestechung und Amtsthätigkeit vorangehen, welche dann sowohl den Schuldantheil eines jeden Mitthäters steigern, als die Ueberlegtheit des Vorsatzes Beider indiciren.

Untrennbar dagegen von der Bestimmung des Mitschuldantheils ist die Frage: Wer zur Verständigung den Anstoss geboten hat, somit als Anstifter des Mitthäters erscheint, indem er in diesem den verbrecherischen Gedanken hervorrief; ob der Bestecher, ob der Beamte.

Während bei dem Duell regelmässig der Herausforderer als Anstifter erscheint, geht hier — gleichwie bei dem Vertragschlusse des bürgerlichen Rechts — bald die Offerte des Bestechers der Annahme durch den Beamten voraus (Normalfall), bald umgekehrt des letzteren Annahmezusicherung, in Form der Anfrage oder Andeutung, dem Angebot des Bestechers. Die erste verbrecherische Einwirkung hat eben als Anstiftung stets den grösseren Mitschuldantheil zur Folge; als contagium überwiegt sie an Intensität und Wirksamkeit die Rückeinwirkung. Ein Rechtsfall mag den anormalen Hergang praktisch darlegen:

Der Actuar T erklärt dem Eingesessenen P, welcher auf ein Proclam hin seinen Anspruch persönlich anmeldet, die Präclusivfrist sei „freilich" bereits mit dem gestrigen Tage verstrichen und daher „eigentlich" die Meldung nicht mehr annehmbar. Worauf P nach einiger Ueberlegung äussert, ob nicht die Meldung als gestern geschehen eingetragen werden könne, und eine die Gebühr erheblich überschreitende Geldsumme auf das Pult des Beamten hinlegt. Dieser erwidert: nun, es werde sich die Sache wohl noch machen lassen — nimmt die Eintragung wie erbeten vor, und lässt den P unter Zurücklassung jenes Geldes sich entfernen.

Hier erscheint dem ganzen Hergange nach der T als Anstifter, und die gegenseitige Einwirkung, welche die Bestechung in das Leben ruft, deutlich erkennbar. Der P konnte den wohlverstandenen Wink des Beamten — wir brauchen keineswegs zu supponiren, dass dieser als „zugänglich" bereits einigen Ruf hatte — stillschweigend zurückweisen; er geht darauf ein, und bestärkt ebendadurch den T in der verbrecherischen Absicht. Sodann bietet er dem T thatsächlich eine Geldsumme. Dieser konnte noch immer dieselbe zurückweisen, und so jenen eigenen Wink entkräften. Er nimmt sie thatsächlich entgegen und unterzieht sich der pflichtwidrigen Amtsthätigkeit. Wer wollte aber bezweifeln, dass der Beamte hier auch hinsichtlich der

Mitschuld den grösseren Antheil zu verantworten habe, da der Gedanke eine Bestechung zu unternehmen, in der Seele des P ohne jene Anstiftung schwerlich würde entstanden sein.

Allein auch im umgekehrten, dem normalen Falle, muss den Beamten eine höhere Zurechnung und Strafe treffen, kann der anstiftende Bestecher nur annähernd ebenso strafwürdig erscheinen — was die gemeine Meinung, s. u. A.

Heffter, Lehrb. §. 546. II.
Berner, Lehrb. §. 224,

freilich bestreiten will — denn:

1. Die Verletzung der Amtstreue, ein Treubruch, fällt ihm zur Last, und somit stets der grössere Thatantheil — während jenseits lediglich eine Verletzung der Bürgerpflicht vorliegt.
2. Sein Mitschuldantheil ist bald grösser, bald geringer, jenachdem er Anstifter war oder nicht. Auch an der Verletzung der Bürgerpflicht des Bestechers ist er vermöge seiner geistigen Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung mitbetheiligt. Gegen den Bestecher andrerseits fällt bei der Zurechnung ebenfalls in die Wagschale, dass er durch geistige Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung auf einen Beamten als solchen an dessen Amtstreubruch sei es erzeugend sei es bestärkend sich betheiligte, wie im Zweiten Abschnitt dieses Theils wiederholt (§§. 43. 49) hervorgehoben worden. Er nimmt Theil an dem Amtsvergehen, und zwar als auch daran betheiligter Nichtthäter. So verstehe ich auch die allgemeine Vorschrift, mit welcher das

Preuss. St. G. B. im §. 331. Al. 2.

den 28. Titel: Verbrechen und Vergehen im Amte, abschliesst und von dessen Anwendung lediglich der obenerwähnte Fall des §. 309 (Bestechung zu einer an sich nicht pflichtwidrigen amtsgemässen Handlung) nur deshalb ausgenommen werden musste, weil dort der Bestecher überhaupt straffrei bleiben soll.

Auf diese Gründe also stütze ich den Grundsatz: dass in jedem Fall der Amtscorruption das Strafmass für den Beamten, Schiedsrichter, Geschwornen etc. nothwendigerweise ein höheres sein muss als das des Nichtbeamten-Mitthäters

vgl. auch Osenbrüggen a. a. O. zu Feuerbach, §. 480. Not. d.,

wie sehr immer bei Anstiftung durch letzteren dessen Strafbarkeit der des Beamten sich annähern mag.

Es ist auch diese Anschauung in den Bestimmungen der

§§. 310. 311 des Preuss. St. G. B.,

welche dort Zuchthaus, hier Gefängniss drohen, deutlich genug zu Tage getreten. Dieselbe wird dagegen — m. E. ohne genügenden Grund — wiederum verlassen in den folgenden

§§. 312. 313 dess. G. B.

Denn dass die „gleiche Strafe" nicht etwa als lediglich gleichartige (Zuchthaus) sondern als dem Masse nach gleiche verstanden werden muss, dürfte aus den Worten „Gleiche Strafe, wie den Richter, trifft denjenigen, welcher" etc. klar genug erhellen, indem andernfalls gesagt sein müsste: dieselbe Strafe trifft, oder deutlicher: Zuchthausstrafe trifft gleichfalls etc.

Unangemessen ist jene Bestimmung — so wie ich dieselbe glaube verstehen zu müssen, ein Verständniss, von dessen Unrichtigkeit ich nur allzugern mich mögte überzeugen lassen — schon darum, weil im §. 309 der Bestecher straffrei ausgeht, während dem Beamten Gefängniss angedroht wird. Umsomehr aber, weil in den obengenannten §§. 310. 311 die für den Bestecher normirte Strafart eine mildere war, und nicht abzusehen ist, warum die Bestechung des Richters im Strafverfahren, oder die eines Geschwornen das bisher und der Natur der Sache gemäss festgehaltene Verhältniss der beiderseitigen Strafbarkeit wiederum hinfällig machen darf. —

Wir fanden den Begriff der Mitthäterschaft, der Anstiftung, sogar den der Vorverständigung, auf das Vergehen der Amtscorruption vollkommen anwendbar, und damit die übrigen allgemeinen Grundsätze der Verbrecherconcurrenz nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr vom positiven Rechte anerkannt. Die niemals geleugnete Möglichkeit, dass zuvörderst auf Seiten der activen beziehungsweise passiven Bestechung eine Mehrheit von Mitthätern denkbar ist (mehrere Mitbestecher oder mehrere mit Bezug auf Eine Amtsthätigkeit mitbestochene Beamte) und sodann auch dritte Personen d. h. betheiligte Nichtthäter dabei auftreten können, so als Gehülfen, oder gar als Anstifter der Thäter — dies Alles bedarf keiner Erörterung. War Ersteres bei dem Zweikampfe durch dessen auf zwei Thäter beschränkten Begriff ausgeschlossen, so steht dagegen hier ein begriffliches Hinderniss den Mitbestechern beziehungsweise Mitbestochenen nicht im Wege.

3. Verbrechen und Vergehen an der Ehe.

§. 57.

Ehebruch und Doppelehe. Heutiges Verhältniss.

Die Rechtsordnung wird durch beide Delicte an einer Achillesferse getroffen, in dem sittlich-rechtlichen Institut, das einen Grundpfeiler der gesammten Sittenordnung bildet. Verschieden wie die verletzende Waffe ist zwar auch die Wunde, welche sie schlagen. Darin aber treffen sie als species Einer Gattung zusammen, dass am Eheverhältniss gegen die Rechtsordnung gefrevelt wird, welche dasselbe unter ihren Strafschutz gestellt hat.

Wenn nunmehr die genannten Vergehen einander gegenübergestellt werden, so ist dabei die bestrittene Frage, ob dieselben auch als culpose gedacht werden können, nach dem Plan dieser Schrift und für deren beschränkte Aufgabe von vornherein abzulehnen. Unsre Gegenüberstellung aber geschieht zunächst vom Standpunct des heutigen positiven Rechts.

Ehebruch ist das Verbrechen — oder Vergehen, eine Bezeichnung die, als auf particulärer Strafsatzung ruhend, hier kein Interesse bietet — an dem ehelichen Verhältniss, welches begangen wird durch ausserehelichen Beischlaf solcher Personen verschiedenen Geschlechts, von denen mindestens eine verehelicht ist und mindestens eine den Fortbestand des ehelichen Verhältnisses kennt.

Doppelehe (mehrfache Ehe, Bigamie) ist das Verbrechen an dem ehelichen Verhältniss, welches begangen wird durch Vollziehung der Eheschliessungsform zwischen solchen Personen verschiedenen Geschlechts, von denen mindestens eine verehelicht ist und mindestens eine den Fortbestand des ehelichen Verhältnisses kennt.

Hierin liegt,

1. was beiden Verbrechen gemeinsam ist:
 a. das Object d. h. der unmittelbar verletzte Bestandtheil der Rechtsordnung, an welchem gefrevelt wird: das durch den Staat geschützte wie durch Kirche oder Sitte geheiligte Band der Ehe. Verletzt wird dasselbe in einem oder gar in mehreren concreten Eheverhältnissen — in letzterem Fall liegt vor ein Doppelehebruch beziehungsweise eine beiderseitige Doppelehe — und zwar von beziehungsweise mit einem Ehegatten oder mehreren.

b. als Mitthäter treten auf Personen verschiedenen Geschlechts, deren mindestens eine (bei Doppelehebruch beziehungsweise beiderseitiger Doppelehe beide) in gültiger Ehe lebt, und von denen ferner mindestens eine des Bestehens dieser Ehe sich bewusst ist.

Letzterer Zusatz ist nicht überflüssig. Das Vergehen ist ein vorsätzliches; Vorsatz setzt Bewusstsein, Wissen voraus. Die wissentlich frevelnde Person — wenn nicht beide, was für den einfachen Begriff unwesentlich erscheint — ist aber bald der Ehegatte, bald das ledige Subject. Die Ehefrau A begeht Beischlaf oder Eheschliessung mit dem ledigen B. Letzterer weiss, dass der abwesende Ehemann X noch lebt, verhehlt es aber der A, welche vom Tode ihres Gatten sichere Nachricht zu haben glaubt.

2. In allem Uebrigen sind auf dem Standpunct des heutigen Rechts — ob auch der P. G. O., davon unten — die Verbrechen verschieden:

a. im Thatacte, durch welchen das Eheband verletzt wird: dort der Beischlaf, hier die Vollziehung der Eheschliessungsform — nicht, wie meist ungenau gesagt wird, der Eheschliessung. Denn die zweite Ehe ist eben keine Ehe; von einer wirksamen und gültigen „Eheschliessung" kann also die Rede nicht sein. Die

Bamb. Art. 146, beide Projecte (127), und die P. G. O. selbst im Art. 121

sprechen dies deutlich genug aus durch die wiederholte Formel „inn gestalt zwifacher ehe" — „inn gestalt der heyligen ehe" —

wie wenig Beachtung diese Fassung auch bei Gobler und Remus gefunden haben mag.

Eben in diesem Merkmale soll nun nach herrschender Meinung der gemeinrechtlichen Doctrin die P. G. O. auf einem ganz anderen Standpunct stehen. Fordert Carl zur consummirten Doppelehe wirklich den Beischlaf, dann besteht nach gemeinem Recht vielmehr die Verschiedenheit lediglich in dem dort mangelnden, hier vorhandenen Plus der Eheschliessungsform, dann sind im Uebrigen beide Verbrechen lediglich species des Ehebruchs im weiteren Verstande, die Doppelehe eben nichts anderes als ein qualificirter Ehebruch. Ich vermag nicht dieser communis opinio beizupflichten, nehme vielmehr an mit

Heffter, Lehrb. §. 450. Not. 4. und den dort Citirten, dass die P. G. O. und deren Proj. II durch die angezogenen, den Art. der Bamberg. und des Proj. I abändernden Worte

„welche übelthat dann auch eyn ehebruch vnd grösser dann das selbig laster ist"

nur Folgendes aussprechen will: Auch die Doppelehe enthält gleich dem Ehebruch einen Bruch des ehelichen Verhältnisses (Ehe-Bruch in diesem weiteren Sinne), es ist aber der verbrecherische Act (Eheschliessungsform — „gestalt heyliger Ehe") hier noch strafwürdiger als der des eigentlichen Ehebruchs (Beischlaf). Ist nun die Bigamie an sich sogar ein grösseres „Laster" als letztgenannter, dann ist umsomehr jegliches Bedenken wider die gleiche Strafbarkeit unbegründet, und das „Keyserliche recht", welches hier (nach Meinung der P. G. O. und jener Zeit überhaupt) Todesstrafe nicht droht, jedenfalls unangemessen (zu milde).

So motivirt Carl gegenüber den Kaiserlichen Rechten die vermeintliche Strafschärfung, welche er für geboten hält.

Die Richtigkeit vorstehender Auslegung ergibt sich zuvörderst aus den Schlussworten des Art. selber

„dass die nit weniger dann die ehebrüchigen peinlich gestrafft werden sollen"

welche offenbar die Doppelehe dem Ehebruch nicht unterordnen, sondern nebenordnen und entgegensetzen. Nach der gemeinen Meinung, welche annimmt, Carl erkläre Bigamie für eigentlichen aber qualificirten Ehebruch und fordere deshalb ausser Eheschliessung noch Beischlaf, müsste es vernünftigerweise heissen

„dass die n. w. dann andere ehebrüchige" u. s. w.

Mich bestärkt in meiner Auslegung ferner der Umstand, dass Landrechte der Elbherzogthümer und benachbarter Gebiete aus dem 16. Jahrhundert, welche im strafrechtlichen Theile durchweg der Carolina folgen, oft dieselbe geradezu ausschreiben, zur Doppelehe den Beischlaf keineswegs fordern, sondern ausdrücklich nur das „Sich antrauen, sich ehelich vertrauen lassen".

Ditmarsch. Landr. (1567). Art. 129.

Eiderstedter Landr. (1572, rev. 1591). IV. Art. 35.

Vgl. auch Rev. Lübsch. R. (1586). IV. Tit. 6. Art. 1.

Ganz richtig motivirt endlich

Osenbrüggen zu Feuerbach. §. 385. Not. d.

unsre Auslegung durch den Hinweis auf die eigene Definition des Art. 121 „inn gestalt der heyligen ehe nimbt", nur dass, wie wir oben sahen,

die „gestalt" allerdings noch erheblich mehr ausdrücken will. Jedenfalls aber steht fest, dass im heutigen Recht — auch im gemeinen — die Doppelehe weder den Fleischesverbrechen angehört, noch species adulterii ist. —

Liegt nun im ausserehelichen Beischlaf eine partielle, so zu sagen sporadische, in neuer Eheschliessung dagegen eine totale, Wesen und Bestand der Ehe allganz negirende, Verletzung des Ehebandes, so muss auch

b. die Strafbarkeit der Bigamie für den wissentlich Betheiligten eine höhere sein als die des Ehebruchs, soweit letzterer zur strafgerichtlichen Cognition überall gelangt. So auch nach allen neueren Gesetzgebungen.

c. Aus gleichem Grunde, hauptsächlich aber auch aus Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht innerhalb des Ehebundes und der Familie, eignet sich der Ehebruch zum Antragsvergehen, nicht aber die Doppelehe, welche eine Missachtung nicht blos der ehelichen Treue, sondern des rechtlichen Bestandes der Ehe selbst enthält, eine directe Bedrohung dieses Rechtsinstituts durch den Scheinbestand der geschlossenen Pseudoehe. Die Officialverfolgung der Doppelehe erscheint daher schlechthin geboten, auch ganz abgesehen von der möglicherweise schuldhaften Mitbetheiligung eines Kirchen- beziehungsweise Staatsdieners bei der Doppeleheschliessung.

d. In Zusammenhang hiermit steht, dass der Ehebruch nur zwei bei dem Thatacte betheiligte Thäter voraussetzt: die Concumbenten — die Doppelehe aber deren drei, nämlich ausser den eheschliessenden Theilen auch einen Ehestifter, sei derselbe Geistlicher oder Civilstandsbeamter, indem erst dieser durch seine Erklärung den neuen Bund zum Abschluss bringt. Ob dieser Ehestifter wirklich — unsrer Behauptung gemäss — als Mitthäter oder vielmehr als Helfer zu betrachten sei, die Frage ist meines Wissens bisher niemals aufgeworfen worden. Ich konnte nicht anstehen für Ersteres zu entscheiden, weil seine Mitwirkung für den Vollzugsact durchaus wesentlich ist, die Handlung (und Absicht) des wissentlich eine Doppelehe stiftenden Kirchendieners oder Beamten nicht die Merkmale einer Unterstützungs- sondern die einer Begehungshandlung (beziehungsweise Absicht) an sich trägt (s. oben §. 46), indem derselbe nicht lediglich ein fremdes Vergehen fördert, sondern ein selbständiges Mehrheitsverbrechen mitbegeht, nämlich durch

begrifflich nothwendiges Zusammenwirken mit den Paciscenten deren Einigung erst zum Abschluss bringt.

Das Wissen aller Betheiligten vorausgesetzt, wirken also hier drei Mitthäter schuldhaft und strafbar zusammen (vgl. oben §. 53 A. sub 2), was auch rein äusserlich im Thatacte wenigstens der Trauung sich ausprägt: C bindet handauflegend die vereinigten Hände des A und der B. Mann, Weib, Ehestifter — die Betheiligung dieser drei Subjecte im Thatacte ist es eben, an welche das Strafgesetz den Begriff der Doppelehe knüpft. Consequenterweise kann also der letztgenannte lediglich als Mitthäter auftreten.

e. Das Tödtungsrecht des Ehemanns, oder richtiger nach heutigem gemeinen Recht: die Straflosigkeit beziehungsweise Strafmilderung wegen Tödtung des Ehebrechers und der Ehefrau

vgl. Bamb. 145 und Proj. I. der P. G. O. verb. „auss hitzigem gemüt" — „die peynlich straff wirt jm seines billichen schmertzen halb vbersehen",

bezieht sich auf die Doppelehe als solche nicht, sondern nur auf den Ehebruch, welchen freilich die Schliessung der Doppelehe im Gefolge zu haben pflegt. Auch diese Frage: ob der heimkehrende Ehemann, welcher den bigamischen Concumbenten seiner letzterem (der Form nach) angetrauten Gattin, oder die Gattin selbst erschlagen hat, nach Analogie der Ertappung im Ehebruch zu beurtheilen sei, wird nicht erörtert. Ich meine: wenn gleich der Ehebruch selbst hier durch die vorgängige Doppelehe strafrechtlich absorbirt wird, muss dennoch nothwendigerweise die Straflosigkeit beziehungsweise Strafmilderung zu Gunsten des Todschlägers im Affect auch hierauf ausgedehnt werden, da eadem ratio zutrifft. —

Vorstehende Gesammtbetrachtung hat den genannten Einzelverbrechen die rechte Stellung angewiesen.

§. 58.

A. Der Ehebruch insbesondre.

Der heutige Begriff des Ehebruchs ist das Ergebniss eines buntverschlungenen Entwickelungsprocesses. Doch bewegten sich die Wandlungen vorzugsweise in zwei Richtungen, die wiederum vielfach und eng mit einander verbunden sind:

a. vor Allem allmälige Umwandlung des leitenden Gesichtspunctes,

b. damit verflochten die veränderte Auffassung der Mitschuld in den Subjecten des Verbrechens.

Die Rechte des Alterthums — so lehrt die herrschende Meinung —, das germanische wie das römische, stellen nicht den Bruch des geheiligten Ehebandes als solchen in den Vordergrund, sondern die Verletzung des ehemännlichen Rechts (jus thori). Daher die Beschränkung der Verbrechens-Subjecte auf die Ehefrau und deren ausserehelichen Concumbenten. Ist diese Auffassung richtig, dann muss den genannten Rechten mit gleichem Fug das Mosaische beigesellt werden. Denn auch dieses fasst den Ehebruch als fleischliche Vermischung mit einem fremden Eheweibe

3. Mos. 20, 10. — 5. Mos. 22, 22 etc.
Vgl. Michaelis, Mos. R. V. §. 259.

Allein jener Ausgangspunct der herrschenden Doctrin ist überhaupt ein irriger. Ich will zuvörderst versuchen, diese Behauptung am römischen Recht darzuthun.

Adulterium, wahrscheinlich verwandt mit adulari, adulatus (adultus) etc. i. e. sich einschmeicheln — wogegen die Ableitung von ad und alter

s. Festus (Paull. Diac. exc.) s. v. adulter, adultera —
vgl. Papinianus in L. 6. §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.
cf. c. 15 i. f. Causs. 32. Qu. 5

einer Widerlegung kaum bedarf, ebensowenig die, welche adulterium aus ad alterum torum contrahirt sein lässt — bezeichnet an sich lediglich die Handlung des adulter (Buhlen), der in die fremde Ehe sich einschleicht, einschmeichelt, einfälscht. Daher findet adulterare, und das adjectivische adulter auch Verwendung, um andere Fälschungen — an rationes, testamenta, monetae — figürlich zu kennzeichnen

cff. L. 1. §. 5 i. f. D. de serv. corr. 11, 3.
L. 6. pr. D. de lege Cornel. de fals. 48, 10.
L. 16. §. 9. D. de poenis. 48, 19.
L. 3. C. de episcop. audient. 1, 4.

Nicht etwa blos

L. 225. D. de V. S. 50, 16.

die den adulter kurz bezeichnet als den, „qui alienam matremfamilias corrupit", sondern ohne Ausnahme alle diejenigen Quellenzeugnisse, welche angezogen sind von

Rein, Crim. R. der Römer. S. 836 ff.
Wächter, Lehrb. II. p. 411 ff.

und nicht mit etymologischen Versuchen — worin die römischen Juristen

ein fast ungebührliches Missgeschick verfolgt — sondern mit dem einfachen Begriffe sich befassen, zeigen unverkennbar, dass stets vom adulter ausgegangen wird als dem „temerator, invasor, sacrilegus alienarum nuptiarum, corruptor alienae uxoris", und dass adulterium eben nichts Anderes ist als: violatio tori alieni. Es ist somit ein principieller Missgriff der Doctrin, wenn diese vom Eheweibe ausgehen will.

Bedürfte dies nach Vorstehendem weiteren Nachweises, so würde solchen auch das crimen extraordinarium liefern, welches für den „sollicitator alienarum nuptiarum" aufgestellt wird in

L. 1. pr. D. de extraord. crimin. 47, 11 (Paulus):

Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.

Das crimen ordin. adulterii war eben ursprünglich nichts anderes als: sollicitatio alienarum nuptiarum, interpellatio matrimonii alieni cum effectu, i. e. ejus, qui effectu sceleris potitus est („qui corrupit" etc. s. oben).

Die Ehefrau nun, welche dem schmeichelnden Buhlen (adulter) Gehör schenkt, dem fremden Eindringling (invasor alien. nupt.) sich hingibt, ist lediglich Mitschuldige des Verführers, und frevelt so, von ihm verleitet, an der eigenen, wie der adulter als Hauptthäter an der fremden Ehe.

Aus dieser vom adulter ausgehenden Auffassung folgt für das römische und in ähnlicher Weise für die übrigen Rechte des Alterthums, ganz von selbst die gesammte Lehre des adulterium:

a. dass der Ehemann an der eigenen Ehe adulter sein nicht kann, und demzufolge

b. ebensowenig seine ledige Concumbentin an einer fremden Ehe — dass vielmehr beiden nur stuprum zur Last fällt,

c. die Erforderlichkeit einer Anklage von Seiten des Ehemanns oder Vaters — um von der nur temporär auftauchenden Popularklage ganz abzusehen —, indem die Anklage gegen den adulter nothwendigerweise auch die Beschuldigung der eigenen Ehefrau beziehungsweise Tochter in sich schliesst;

d. das Tödtungsrecht des Ehemanns war ursprünglich gegen den ertappten adulter gerichtet, und lebte eben in dieser speciellen Richtung fort in der Lex Julia, obgleich nunmehr mit gewissen Beschränkungen;

e. die Todesstrafe des Constantinischen Gesetzes

L. 30. C. ad leg. Jul. de adulter. 9, 9.

cff. L. 2. C. Th. h. t. 9, 7. — L. 1. C. Th. de poen. 9, 40,

anerkannt von Justinian in

Nov. 134. c. 10,

traf nur den adulter, war aber bereits früher wegen des crimen extraord. der Verführung (corruptio) einer Ehefrau beziehungsweise Jungfrau erkannt worden. Geringere Strafe traf die mitschuldige Ehefrau.

Die potestas genauer: manus des Ehemanns darf überall nicht hierhergezogen werden. Oder bewirkte es etwa in irgendwelcher Beziehung einen Unterschied, ob das vom adulter verletzte matrimonium cum oder sine manu, strenge oder freie Ehe war? Nicht einmal die Begründung des Tödtungsrechts am adulter und der Frau beziehungsweise Tochter hat irgend etwas mit der manus beziehungsweise patria potestas zu schaffen, dasselbe war vielmehr ursprünglich — bevor nämlich die Lex Julia beschränkend eingriff — Ausübung von Eigenmacht oder Privatrache

s. die Stellen bei Rein a. a. O. S. 838.

zum Schutz des Ehe- und Familiengebiets, welche ehemals vor dem judicium familiae gerechtfertigt werden musste.

Der Frevel des adulter und der mitschuldigen adultera wurde an der Ehe, dem matrimonium, begangen, und lediglich demzufolge auch an der Reinheit der ehelichen Nachkommenschaft (turbatio sanguinis).

Ganz derselbe Ausgangspunct und nicht unähnliche Folgerungen hatten in den germanischen Rechten wenngleich mit voller Selbständigkeit sich ausgebildet. Vgl. die Belegstellen aus den Volksrechten bei

Walter, Deutsch. R. G. II. §. 732. Anm. 4—6,

aus den altnordischen Rechten bei

Wilda, Strafr. der Germ. S. 823. Not. 1.

Auch der „overhurer" der Rechtsbücher d. h. der qualificirte Hurer (nord. Horkarl) mit Einschluss des Ehebrechers

vgl. noch Richtst. Landr. (Hom.) Cap. 31. §. 1

ist der eigentliche Thäter, an dessen That die Ehefrau mitschuldig wird.

Diese Uebereinstimmung der alten Rechte im leitenden Gesichtspunct — dessen Erkenntniss ich auch vermisse in den trefflichen Erörterungen von

Wächter, Abhh. aus dem Strafr. I. Cap. II. S. 102 ff. —

und in dessen Consequenzen für die Subjecte des Verbrechens machte es dem canonischen Recht überaus schwer seiner neuen noch heute herrschenden Auffassung des Ehebruchs, als eines Verbrechens nicht

an der speciellen fremden Ehe sondern an dem von der Kirche geheiligten vom Staat allseitig geschützten Verhältnisse der Ehe überhaupt, aller Orten und mit Bezug auf alle dabei denkbaren Subjecte den Sieg zu verschaffen. So schwer, dass dieser endliche Sieg auf dem Gebiete des gemeinen Rechts erst durch den Kampf eines Jahrtausends erfochten wurde, in particulären Rechten aber wiederum fernere Jahrhunderte erforderte, und im Volksbewusstsein kaum heute vollständig errungen ist. Man suche die Ursache des hartnäckigen Widerstandes nicht in den schwachen Stützen, auf welche für den Ehebruch des Ehemannes die Väter der Kirche sich stellten, u. a.

Ev. Matth. 19. v. 8. 9. — 1. Cor. 7. v. 2,

nicht in den lückenhaften Bestimmungen der Canones, von denen nur

c. 23. C. 32. Qu. 5.

einigermassen deutlich spricht, dagegen nach dem Zusammenhange nicht einmal

c. 4. C. 32. Qu. 4.

Sondern vielmehr darin, dass die althergebrachte, obendrein vom römischen und mosaischen Recht unterstützte, einheimische Anschauung dem Gedanken fremd gegenüberstand, es sei die Stellung von Mann und Weib zur ehelichen Treue eine vollkommen gleiche. Umsoweniger aber wollte man der Auffassung sich anbequemen, es begehe das ledige Frauenzimmer einen Ehebruch, welches mit einem Ehemanne, wenn gleich mit Wissen von dessen Ehe, concumbire.

Die letztgenannte Frage erhielt in Particularrechten sogar bis in die neueste Zeit eine ganz andere Antwort. Beispielsweise mag angeführt sein, dass eine für die Elbherzogthümer erlassene

Verordn. vom 27. April 1798. §§. 1. 5 ff.

zwar den Ehemann als Subject des Ehebruchs anerkennt, nicht aber die „ledige Weibsperson", welche „mit einem Ehemann Unzucht getrieben hat". In beiden Herzogthümern machte die ledige Concumbentin des Ehemanns nur der Unzucht sich schuldig. Und dies ist im Herzogthum Schleswig bis zur Einführung des Preuss. St. G. B. (1. Sept. 1867) Rechtens geblieben. In Holstein freilich hatte in Anlass der Aufhebung der Unzuchtstrafen bereits eine

Verordn. vom 6. Mai 1859. §. 1. a. E.

ausgesprochen:

„Das unverheirathete Frauenzimmer, welches wissentlich mit einem verheiratheten Manne Unzucht treibt, wird, falls der Ehebruch zur strafrichterlichen Cognition gelangt, als Theilnehmerin desselben auch in Zukunft mit den in jenen

Paragraphen (Verordn. 27. April 1798. §§. 5 ff.) festgesetzten Strafen belegt.“

Wie bereits erwähnt, ist erst im J. 1867 das Princip des gemeinen (canonischen) Rechts durch Inkrafttreten des Preuss. St. G. B. §. 140 zur vollen Anerkennung durchgedrungen. Aehnliches wird in anderen Particularrechten sich nachweisen lassen.

Wenn also

Kleinschrod, Abhh. Bd. II. Nr. X. Beiträge zur Lehre vom Ehebruch. §. 14.

die Ansicht vertheidigt, es sei die ledige Concumbentin eines Ehemanns nur dessen „Gehülfin, nicht Urheberin des Verbrechens“, so stand diese Ansicht zwar in Widerspruch gleichsehr mit dem Art. 120 der P. G. O. (wovon unten) und mit dem älteren Rechte, indem Kleinschrod vielmehr auf Seiten jener Concumbentin stuprum, somit Thäterschaft eines anderweiten Vergehens, behaupten musste. Allein seine Opposition wider den Ehebruch derselben, also die negative Seite seiner Behauptung, stand unleugbar in Einklang mit particulären Rechten und noch herrschenden Zeitanschauungen. —

Nur, wenn man den obengenannten Ausgangspunct der Rechtsquellen und den in grossen Zügen von uns geschilderten Entwickelungsgang des Ehebruchsbegriffs sich vor Augen stellt, nur dann tritt auch das Verhältniss in klareres Licht, welches zwischen den Bestimmungen der P. G. O. und denen der Bambergensis obwaltet.

Die Bamb. Art. 145 geht aus vom adulter (Pass. 1), und fügt ihm die Ehebrecherin bei, normirt dagegen erst im Passus 4 die Strafe des ehebrecherischen Ehemanns, bestimmt aber für das „ledige weybsbild“, mit welchem jener unkeusche Werke getrieben, keinerlei Strafe. Aehnlich verfährt, wenngleich in höchst lückenhafter Fassung, das Proj. I. Art. 126. Ebensowenig erwähnt der

Laienspiegel, Thl. III. Art. 7. Pass. 4

einer Bestrafung der ledigen Concumbentin:

Item würd aber eyn eeman verklagt vnd bewisen das er mit einem ledigen weibsbild die Ee gebrochen, der hat damit sein ehr vnd leibstraff verschuldt, vnd solt seiner eelichen haussfrawen jr heiratgut etc. Wann wie der eeman sein weib vmb den eebruch zu beklagen, also hat auch das weib wider jren man solchs zu thun.

Erst im Proj. II zur P. G. O. findet sich, nachdem vom adulter ausgegangen, der Ehebrecherin aber — vermuthlich durch blosses Redactionsversehen — dabei überall nicht erwähnt ist, neben den ehe-

brecherischen maritus die ledige Concumbentin — meines Wissens hier zum ersten Mal — eingeschaltet.

Art. 126. — — Item das es auch, In gleicher weis In dem fahl so ein Eheweib Iren mann, oder die person, domit er den ehebruch volnbracht hette, beclagen wil gehalten werden sol.

Und von hieraus ist dieser Zusatz in den Art. 120 der P. G. O. hineingelangt.

Es mogte nun in der That schwer werden, für diese neue Mitschuldige am Ehebruch des Mannes in „Unsern Keyserlichen rechten" einen Anhalt für angemessene Bestrafung aufzufinden!

Vgl. auch Wächter a. a. O. S. 128.

Doch, führen wir die geschichtliche Entwickelung des Begriffs und seiner Subjecte an diesem Orte nicht weiter — eine Entwickelung, die bisher nur allzusehr vernachlässigt, während dagegen der Veränderung in den Strafsatzungen aller Zeiten ungebührliches Gewicht beigelegt wird. Soviel steht fest:

Der adulter stand so lange im Vordergrunde, bis die canonisch-christliche Auffassung für ihren neuen Gesichtspunct die Alleinherrschaft erkämpft hatte.

Der männliche Mitschuldige, als präsumtiver Verführer der verehelichten oder ledigen Concumbentin, galt noch dem Sächsischen Rechte am Schluss des 16. Jahrhunderts als der strafbarere Theil.

Vgl. Wächter a. a. O. S. 128.

Und man hatte ohne Zweifel — ganz abgesehen von der „innata imbecillitas sexus feminini" — insoweit Recht, als die Anstiftung der Regel nach dem betheiligten Manne zur Last fallen mag, auch wenn man im Uebrigen die Mitthäterschaft der Concumbentin vollkommen anerkennt.

Ein neues Hinderniss legte der Durchführung des heutigen Princips die Feuerbachsche Theorie in den Weg, wonach der Vertragsbruch das Wesen des Ehebruchs bilden sollte. Die völlige Unhaltbarkeit dieses Standpunctes ergab sich indess ohne Weiteres aus dem augenfälligen Widerspruch, welcher darin lag, dass derselbe

Feuerbach im §. 374 seines Lehrb.

„die ledige Person, welche mit dem treulosen Ehegatten den Beischlaf begeht", dennoch „Ehebruch" begehen lässt, obgleich von Vertragsbruch bei dieser die Rede nicht sein kann!

Die Sache liegt vielmehr so. An dem ehelichen Verhältniss als solchem, hier dem fremden, dort dem eigenen, wird nach heutigem Recht das Verbrechen begangen. Nur wirkt freilich für den betheiligten

Ehegatten straferhöhend, dass dieser zugleich einen Treubruch begeht. Auch dieser Gesichtspunct darf also bei der Strafzumessung keineswegs ausser Augen gelassen werden.

Die Ehebrecher sind Mitthäter des Verbrechens beziehungsweise Vergehens, und es bestimmt sich, um von dem complicirteren Falle des Doppel-Ehebruchs hier ganz abzusehen

I. der Thatantheil nach zwei Hauptmomenten:

Dem betheiligten Ehegatten fällt der grössere Antheil zur Last, weil dieser an der eigenen Ehe frevelt, somit neben der Eheverletzung überhaupt einen Treubruch begeht, soweit dieses Moment nicht

durch die Anstiftung von Seiten des unverheiratheten Mitthäters

ganz oder zum Theil wiederum ausgeglichen wird.

II. Die Schuld als isolirte eines Jeden ergibt sich, das Wissen beider Theile vom Bestehen der betroffenen Ehe vorausgesetzt, durch Berücksichtigung des überlegten beziehungsweise übereilten Vorsatzes, in welchem er beziehungsweise sie handelte, wobei wie überall die Vorverständigung eine Anzeige der Ueberlegung enthält.

Die Mitschuld endlich gestaltet sich verschieden je nach der Stärke der geistigen Einwirkung, die jeder Mitthäter auf den anderen geübt hat. Der anstiftende Theil — meist, aber heute keineswegs immer (o tempora o mores!) der männliche — trägt den grösseren Antheil der Mitschuld. Freilich liegt auch im Sichanstiftenlassen geistige Rückeinwirkung auf den Anstifter, immerhin aber der Mitschuld geringerer Antheil. Kaum bedarf nach unsern Erörterungen in den §§. 43. 49 ausdrücklicher Betonung, dass die persönliche Qualität des Ehegatten auch dem unverheiratheten Mitthäter, wenn diesem bekannt, zur Last fällt, und zwar als Mitschuld an dem Treubruch, zu welchem er den ersteren anstiftete beziehungsweise bestärkte. Vielleicht schwebt

Luden, Handb. I. §. 53. S. 340. Not. 4

etwas Aehnliches vor, wenn er sagt, dass bei Ehebruch „jeder Theil zugleich physisch und intellectuell handelt“.

Häufen bei der Zurechnung in jeder der genannten Richtungen die grösseren Antheile über Einem Haupte sich zusammen, dann wird das Strafmass der Betheiligten eine erhebliche Differenz aufweisen; z. B. den Ehemann, welcher durch anhaltende Ueberredungskünste (Verführung) ein Mädchen, das seine Ehemannsqualität kennt, zum Beischlaf verleitet, würde etwa eine viermal höhere Strafe treffen können (4 Monate Gefängniss) als die „Mitschuldige“ (4 Wochen Gefängniss).

Vgl. Preuss. St. G. B. §. 140.

§. 59.

B. Die Doppelehe insbesondre.

Der Begriff der heutigen Bigamie (oben §. 57) schliesst die möglicherweise schuldhafte Betheiligung von drei Subjecten in sich. Denn der Thatact, in welchem das Verbrechen unter Voraussetzung des Wissens auch nur Eines dieser Individuen sich verwirklicht, kann heute ohne die Mitwirkung zweier Eheschliessenden und eines Ehestifters überall nicht stattfinden. Das Mitwissen Aller vorausgesetzt, sind drei Mitthäter vorhanden.

Die geschichtliche Entwickelung des Doppelehe-Delicts ist m. E. im Ganzen und Grossen eine selbständige gewesen, nur zeitweilig durch irrige Gesichtspuncte weniger der Gesetzgebung als der Doctrin zur species adulterii gestempelt worden. Freilich beginnt die reine Gestaltung des heutigen Begriffs, welcher früher mit der gleichzeitigen Bigamie (binae nuptiae eodem tempore constitutae) verschlungen war, überall erst da, wo die Mitwirkung eines Ehestifters wesentlich wird. Zugleich wurde aber dadurch jene gleichzeitige Bigamie ein sogutwie unmöglicher Fall.

A. M. Wächter a. a. O. S. 146 ff.

Dass übrigens dem römischen Recht die eigentliche Doppelehe nicht unbekannt blieb, zeigen

L. 11. 12. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.
L. 18. C. eod. tit. 9, 9.
Nov. 117. c. 11,

nur dass letzteres Gesetz den Gesichtspunct des adulterium verwendet. Schon die L. 18. C. cit. — ein Rescript des Valentinian, Gallienus und Valerianus vom J. 258, also der heidnischen Kaiserzeit angehörend — betrifft einen Ehemann, welcher „ficto coelibatu“ eine Arglose „ad nuptias sollicitavit“. Diesen Normalfall (successive Vielweiberei) setzen ebenfalls voraus nicht blos die von

Osenbrüggen, Alamann. Strafr. §. 120

angezogenen Stellen, sondern auch die mir bekannten der norddeutschen Quellen. Nur die

Goslar. Statut. (Göschen) pag. 49. Z. 1—5

erwähnen daneben auch der Vielmännerei; wogegen wiederum unter den oben im §. 57 angeführten Landrechten der Elbherzogthümer aus dem 16. Jahrhundert das tonangebende Ditmarscher Landrecht ausdrücklich und nur von „Vielweiberei“ redet.

Zwei für dieses Delict eigenthümliche Fälle werden als die gewöhnlichen noch in späteren Gesetzen bezeichnet. Entweder

a. Verleitung (corruptio) durch den bigamischen Ehemann, also Anstiftung; und demzufolge Wissen des ledigen Theils;

b. Täuschung des ledigen Frauenzimmers durch den seine Ehe verhehlenden Mann (Ehefälscher); also ein Betrug von letzterem begangen.

Dies bestätigt sich nicht nur aus den Worten der P. G. O. Art. 121:

„solchs lasters — vrsach gibt vnnd volnbringt"

und des Laienspiegels l. l. verb.

„Wann so yemands in gestalt eyner Ee bei leben seines ersten eegesellen wissentlich noch eyn anders annimpt, die sind vmb solchen betrug gewonlich an jren leiben oder im wasser zum tod straffbar. So auch eyn ehrlich weibsperson — — also zu dem vnkeusch vmb jr ehrlich leumand zeitlich hab vnd güter betrogen, enteert vnd verletzt, auch der selb thäter" etc.

Nur muss freilich das Wort „Betrug" in doppeltem Sinne verstanden und, wo es in unseren Quellen auftritt, meist auf beide Fälle bezogen werden. Denn es bezeichnet hier sowohl die Erschleichung der Ehestiftung gegenüber der Kirche — welche betrügerische Handlung ja von beiden Eheschliessenden ausgehen kann — als die Täuschung des anderen Theils durch den einen wissentlich Doppelehe schliessenden. Natürlich würde namentlich an ersterem Betruge auch das ehestiftende dritte Subject betheiligt sein können.

Dabei ist noch zu bemerken, dass der bigamische Theil nicht selten in dolo eventuali versirt, indem ihm die Möglichkeit des Fortbestandes seiner Ehe nicht fremd ist.

Vgl. Berner, Lehrb. §. 193. S. 430 (dritter Aufl.) bei Not. 3.

Alles dies kam in folgendem Rechtsfall zur Sprache:

Ein kinderloses junges Ehepaar war im J. 1850 nach Amerika ausgewandert, hatte dort besseren Fortkommens wegen alsbald einstweilige Trennung beschlossen und in Ausführung gebracht. Der Mann A ging nach Californien, während die Frau B in Newyork zurückblieb. Bis zum Jahre 1856 verblieben sie ohne Nachricht von einander, ungeachtet beiderseitiger wenngleich seltener Briefabsendung. A, der in Californien Gelegenheit fand, durch Ehelichung einer begüterten Wittwe C, welche nicht unzugänglich schien, eine sorgenfreie Zukunft sich zu schaffen, vernahm von einem durchreisenden Bekannten aus Newyork

gesprächsweise, seine Gattin die B sei, wie jener auf glaubwürdigem Wege vernommen, dort vor Jahresfrist am Fieber verstorben, und überredet nun sofort die C zur Heirath, welche auch vollzogen wurde, nachdem A vor der Civilstandsbehörde durch Handschlag versichert hatte, dass er unverehelicht sei. Die C war von allem Obigen unterrichtet. Mittlerweile hatte die noch lebende B zu Newyork den Bewerbungen eines bemittelten deutschen Buchhalters D beharrlichen Widerstand entgegengesetzt. Da dieser seine Versuche, die B zur Ehe zu bewegen, scheitern sah, aber wusste dass dieselbe mehrfach brieflich an die Stadtbehörde zu S. Francisco sich gewendet um Nachricht vom abwesenden Manne zu erhalten, indess bisher ohne Antwort geblieben sei, baute er hierauf seinen Operationsplan. Er gab auf einer Geschäftsreise im Westen eine nachgemachte Bescheinigung der genannten Behörde an die Adresse der B zu Newyork auf die Post, worin der im J. 1857 zu S. Francisco erfolgte Tod des A amtlich gemeldet wurde. Uebrigens hielt D das Ableben des verschollenen A für höchst wahrscheinlich. Im Jahre 1858 nach Newyork heimgekehrt, fand er die B im guten Glauben ihres Wittwenstandes, und bereit seinen Wünschen nunmehr zu willfahren. Auf Producirung jenes angeblichen Todtenscheins wurde zu Newyork die Civilehe zwischen D und der B geschlossen.

Bei dieser zwiefachen Doppelehe haben wir einen Ehemann A vor uns, der in dolo eventuali — nicht etwa blos in luxuria — versirte, denn er hielt das Fortleben seiner Gattin B für keineswegs unmöglich, wünschte aber an deren Tod glauben zu dürfen, und unterliess jegliche officielle Nachforschung bei den Behörden zu Newyork. Die Wittwe C, von ihm angestiftet wurde Mitschuldige an seinem eventuellen Verbrechen, sowie an der Täuschung des Civilstandsbeamten zu S. Francisco. — Wir erblicken ferner im D einen Urkundenfälscher, der des Betruges sowohl der Ehefrau B als der leichtgläubigen Behörde zu Newyork sich schuldig machte, und, wenn gleich das Fortleben des A für unwahrscheinlich aber nicht unmöglich haltend (dolus eventualis), wissentlich die B zur Schliessung einer etwaigen Doppelehe veranlasste. Die Straflosigkeit der Letzteren wird schwerlich Jemand in Zweifel ziehen.

Wie gewöhnlich immerhin der Ehestifter in Nichtmitwissen um die „Ehefälschung“, und daher höchstens in culpa versiren mag — der Fall des dolus directus beziehungsweise eventualis auch auf Seiten dieses bei dem Thatacte wesentlich betheiligten Subjects ist jedenfalls denkbar. Auch dieses dritte Subject kann demnach nicht blos als

Betrogener, sondern als Mitbetrüger an Staat beziehungsweise Kirche „in gestalt zwiefacher ehe" seine Rolle spielen.

Ich habe im Vorstehenden mehrfach der Bezeichnung „Ehefälschung" mich bedient. Bereits

Feuerbach, Lehrb. §. 384. Not. a. a. E.

bemerkt: „In Holstein heisst die Bigamie Ehefälschung", vermuthlich dazu veranlasst durch

H. F. Kramer, Vers. einer Darst. des peinl. Rechts etc. (Schleswig 1798),

welcher allerdings „Polygamie" wiederholt als „Ehefälschung" bezeichnet, und für „einen durch Missbrauch der Form der Ehe vollbrachten Ehebruch" erklärt (nach Klein, Grunds. etc.). Zwar ist mir nicht gelungen, von jenem technischen Ausdrucke — welcher dem Handb. des Schlesw. Holst. Crim. R. von C. von Schirach, Bd. I und II. §. 120. allganz unbekannt geblieben — in der Schlesw. Holsteinischen Gesetzessprache irgend eine Spur aufzufinden. Wenn dennoch die particuläre Doctrin und Praxis denselben ohne Zweifel verwendet hat, so mögte ich glauben, dass dieser Verwendung vielmehr ursprünglich eine weitere Bedeutung zum Grunde lag. Die Gesetzgebung der Elbherzogthümer, namentlich des 16. bis 18. Jahrhunderts, strotzt von immer wiederkehrenden höchst strengen Bestimmungen, welche erschlichener Ehestiftung überhaupt, nicht blos im Hinblick auf mögliche Doppelehe sondern ganz allgemein mit Bezug auf Ehehindernisse jeglicher Art, vorbeugen sollen.

Vgl. Corp. Constit. Holsat. Bd. I. Pag. 379 sqq.

Die Personen, welche eine Eheschliessung beantragen, sollen zu diesem Behuf persönlich vor dem pastor loci beziehungsweise vor drei Zeugen von jeder Seite sich stellen, und hier eidlich oder durch Handschlag jede für sich geloben, dass sie weder verehelicht, noch in verbotenem Verwandtschaftsgrade stehend, noch mit einem anderen Individuum ein Verlöbniss eingegangen seien. Ergab sich nun nach vollzogener Ehe dennoch das eine oder andere dieser Ehehindernisse, so hätte der Betreffende durch Abgabe einer falschen Versicherung die Ehestiftung „erschlichen". Den schuldigen Theil mogte Volkssprache und Praxis eben als „Ehefälscher" bezeichnen (falsarius, corruptor matrimonii).

Die Frage, ob auch anderswo dieser Begriff sich geltend gemacht, über welchen die Glossarien beziehungsweise Wörterbücher von Haltaus, Scherz, Wachter und Grimm keinerlei Aufschluss bieten, dürfte nicht ohne rechtsgeschichtliches Interesse sein. —

Der Standpunct des gemeinen Rechts ist bekanntlich unklar mit

Beziehung auf das Verhältniss zwischen Doppelehe und Ehebruch (s. oben §. 57). Noch unklarer aber dürfte sein die Auffassung des bei ersterem Verbrechen schuldhaft betheiligten Ehestifters. Begeht derselbe nach gemeinem Recht lediglich ein Amtsvergehen, oder macht er ausserdem der Hülfleistung zur Bigamie, oder endlich der Mitthäterschaft an diesem Verbrechen sich schuldig? Die wesentliche Betheiligung am Thatacte spricht, wie oben gezeigt wurde, für Letzteres, in Concurrenz mit einem Amtsvergehen. Auch der Gesichtspunct des

Preuss. St. G. B. §. 139 Al. 2:

„Eine gleiche Strafe trifft den Religionsdiener oder Personenstands-Beamten, welcher wissend, dass eine Person verheirathet ist, eine neue Ehe derselben schliesst"

dürfte zu Zweifeln Anlass geben. Verfällt der Ehestifter lediglich „gleicher Strafe", aber für ein selbständiges Vergehen, welches nicht selten als passive Bestechung (Amtscorruption) sich darstellen wird — oder als Mitthäter dem Strafgesetze für Bigamie (mehrfache Ehe), wie die Fassung des ganzen §. 139 anzudeuten scheint? Ich stehe nicht an, letztere Auslegung vorzuziehen, umsomehr als ja offensichtlich der ledige Mitschuldige — die „unverheirathete Person" — unter das Verbrechen der mehrfachen Ehe gestellt wird, obgleich dieser Begriff strenggenommen doch nur den bereits verheiratheten Theil treffen würde.

Die Schuld- und Straffrage erledigt sich an der Hand zweier erheblich verschiedenen Fälle:

a. Alle drei Betheiligten versiren in dolo directo beziehungsweise eventuali, also im Wissen um die bestehende Ehe. Sie sind Mitthäter im Sinne des Strafgesetzes; aber Keiner hat am Anderen Betrug begangen. Der That-, Schuld- und Mitschuld-Antheil eines Jeden ergibt sich nach folgenden Momenten: Unterscheidung des verheiratheten Theils vom etwa unverheiratheten, und des Ehestifters von beiden; Vorverständigung und dadurch indicirt überlegter Vorsatz; die geistige Einwirkung des Anstifters — meist der Ehemann beziehungsweise männliche Mitthäter — auf die Angestifteten durch Ueberredungsmittel, mit welchen als wirksamer Beweggrund für den Ehestifter Bestechung zu concurriren pflegt.

b. Nicht alle, sondern nur das eine oder zwei der Subjecte versiren in dolo und Wissen. Hier ist der nichtwissende Theil im Sinne des dolus fordernden Strafgesetzes nicht Mitschuldiger, sondern Betrogener. Im Uebrigen kommen ganz die obigen Momente zur Geltung, nur dass ausser Anstiftung auch rechtswidrige Täuschung in

Anschlag zu bringen ist. Der nichtwissende an dem Doppeleheverbrechen also nichtmitschuldige Ehestifter mag eines culposen Amtsvergehens schuldig sein.

§. 60.

4. Verbrechen oder Vergehen an der Geschlechts-Sittlichkeit: Blutschande. Widernatürliche Unzucht. — Andere Fälle.

Seitdem das positive Strafrecht aufgehört hat, die einfache naturgemässe Unzucht in den Bereich seiner Strafsatzungen zu ziehen — ein Fortschritt, zu dem bereits die P. G. O. den Anstoss bieten konnte —, scheidet es dennoch namentlich zwei Fälle der Unzucht als strafbare aus, die zugleich Mehrheitsverbrechen sind, nämlich: den Incest oder die Blutschande, und die widernatürliche Unzucht unter Personen gleichen Geschlechts. Nur hierin liegt der Grund ihrer Zusammenstellung an diesem Ort; es sind Fälle, in denen ein Mehrheitsverbrechen an der Geschlechtssittlichkeit (gegen die Rechtsordnung, welche derselben einen beschränkten Strafschutz angedeihen lässt) begangen wird.

A. Incest oder Blutschande — letzteres eine Bezeichnung, die nicht allen Fällen des Incests entspricht

s. Luden in Weiskes Rechtslex. II. s. v. Blutschande. S. 240 —

ist das Verbrechen an der Geschlechtssittlichkeit, welches durch Beischlaf unter naheverwandten Personen begangen wird, von denen mindestens eine das Verwandtschaftsverhältniss kennt.

Wenn irgendwo, so hat über dieses Verbrechen die gemeine Doctrin das Füllhorn ihrer Streitfragen freigebig ausgeschüttet. Um von der rechtsphilosophischen, dem positiven Recht mit Unrecht aufgenöthigten Frage nach dem Grundgedanken dieses Strafverbots ganz abzusehen,

vgl. die Zusammenstellung bei Osenbrüggen, Krit. Komment. zu Feuerbachs Lehrb. §. 461,

würde hier der Ort nicht sein auf die höchst complicirte Entwickelung einzugehen, welche in Aufstellung der Verwandtschaftsgrenze die Rechte aller Völker und Zeiten bis auf die P. G. O. Art. 117 genommen hat. Ebensowenig steht hier zur Frage, welche Strafbestimmungen eigentlich das gemeine Recht aufzuweisen, und was speciell das römische Recht als incestus juris gentium beziehungsweise juris civilis betrachtet hat — eine Unterscheidung, die man mit dem ganzen Gegensatze von jus gentium und civile eben der römischen Rechtsgeschichte zu eigen geben sollte. Ueber alles Dieses bietet reiches Material ausser

Osenbrüggen a. a. O. §. 461 ff.
die Erörterung von Luden im Rechtslex. a. a. O.

Ganz andere Fragen sind es, die ich hier in den Vordergrund stellen mögte:

1. Ist der Zusammenhang des Incests mit den Eheverboten ein principieller, wie man anzunehmen scheint, oder waren vielmehr diese nur ein zufälliger aber naheliegender Anknüpfungspunct für Bestimmung der Verwandtschaftsgrenze? Meine Definition hat für Letzteres sich entschieden. Ich finde denselben Standpunct auch in dem Art. 117 der P. G. O. und deren Quellen, wie in neueren Gesetzgebungen, so dem Preuss. St. G. B. §. 141. Es würde m. E. nicht schlechthin ungereimt sein, wenn ein positives Recht seine absoluten Eheverbote weiter ausdehnte, als das Verbrechen der Blutschande reicht, geleitet von dem politischen Gesichtspuncte, dass Ehe unter Verwandten möglichst zu hindern z. B. bis zum dritten Grade der Seitenlinie incl. auszuschliessen sei. Andrerseits wäre es ebensowenig durchaus verwerflich, wenn umgekehrt ein Gesetz den ausserehelichen Beischlaf unter Geschwisterkindern oder im respectus parentelae stehenden Seitenverwandten mit Strafe bedrohte, die Ehe zwischen genannten Personen aber gestattete. Den eigentlichen Schwerpunct bildet nämlich eine zweite Frage:
2. Woran und wodurch wird das Verbrechen begangen? Unmittelbares Object ist die Geschlechtssittlichkeit im Familienkreise. Ich darf demnach sagen: Begangen wird das Delict am sittlichen Familienstande (oder Familienverhältnisse, wenn man den Ausdruck vorzieht). Dieser aber wird zerrüttet durch den ausserehelichen Beischlaf, auch da wo die Eheschliessung etwa freigestellt oder doch dispensabel wäre. Die Eheschliessung gehört als Ausgangspunct an sich nicht hierher; es ist der Beischlaf, die Geschlechtsvermischung, welche der Sittenordnung im Familienkreise widerspricht, also die naturgemässe Unzucht, während die naturwidrige überhaupt unter anderen Strafbestimmungen steht (s. unten).

So reden denn auch die P. G. O. Art. 117 und deren Quelle, die Bamberg. Art. 142 übereinstimmend von „unkeusch“ (incastum, incestum, incestus), nicht von Eheschliessung. Im Uebrigen liegt hier der seltene Fall vor, dass bereits Proj. I die Fassung der Bamb. wesentlich ändert und dann unverändert durch Proj. II in die P. G. O. übergeht. Treffend hebt

Wächter, Abhh. S. 183.

hervor, wie die Bamb. l. l. zu ihrer dem Anschein nach unbegreiflichen Gleichstellung des Incests unter entfernteren Verwandten mit dem Ehebruch gelangt ist, nämlich durch die irrige Auslegung der

L. 38. pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5,

welche sie bei Italischen Juristen vorfand. Nicht im Entferntesten aber folgt aus der Strafgleichheit eine begriffliche Zusammenstellung von Ehebruch und jenem Incest; diese würde denn auch jeglichen Grundes entbehren. Die Bamb. sagt aber mehr: entfernteren Incest der angegebenen Art soll die Strafe des Ehebruchs treffen, den näheren dagegen — wohin sicherlich auch Geschwister gehören sollen — eine nach Rath der Rechtsverständigen zubestimmende schwerere Strafe (arg. verb. „beschwerdt werden"). Diese Strafsatzungen eben hielten die P. G. O. wie deren Projecte für unangemessen, und stellten schlechthin beide Fälle den Kaiserlichen Rechten und der Rathpflege anheim.

Soviel steht fest, dass diese Gesetzbücher

1. den Beischlaf (unkeusch) unter Verwandten innerhalb der angegebenen Grenze als Blutschande auffassen,
2. der Eheverbote keine Erwähnung thun.

Sie mussten anderenfalls von Unkeusch oder Eheschliessungsform, und von indispensabeln Graden reden.

Diesen Standpunct haben nun freilich spätere Particularrechte keineswegs festgehalten, vielmehr die indispensabeln Eheverbote wiederum herangezogen. So in den Elbherzogthümern ausser älteren Statuten insbesondre die

Verordn. vom 4. Juli 1800. §. 1.

Dagegen sind neuere Gesetzgebungen zu demselben zurückgekehrt, namentlich auch das

Preuss. St. G. B. §. 141,

welches freilich anstatt des Beischlafs in m. E. allzu weiter Fassung „Unzucht" nennt, darunter aber die widernatürliche sicher nicht begreifen will

s. auch Berner, Lehrb. §. 188 a. E.

Im Uebrigen bildet es höchst zweckmässig zwei Classen: a. leibliche Ascendenten und Descendenten (qualificirter Incest), b. die übrigen dort angegebenen Verwandtschaftsgrade, Geschwister einschliesslich (einfacher Incest). Der Eheverbote geschieht ausdrückliche Erwähnung nicht. —

Die Betheiligten sind Mitthäter, und strafbar wenn sie das

Verwandtschaftsverhältniss kannten. Kinder und Stiefkinder unter sechszehn Jahren sind straffrei. Im Uebrigen ist wie sonst der That-, Schuld- und Mitschuldantheil zu ermitteln. In ersterer Beziehung bildet die Anstiftung (Verführung) — seltener betrügerisches Gebahren — das entscheidende Moment, als wirksamer Beweggrund: Missbrauch der Auctorität, der Stellung und grösseren Reife, wie hinsichtlich der Ascendenten und Descendenten auch Berner a. a. O. hervorhebt. Für die Schuld jedes Einzelnen tritt die Ueberlegtheit oder Uebereiltheit des Vorsatzes in den Vordergrund. In den meisten mir bekannten Fällen fehlte eigentliche Vorverständigung; der Incest wurde von beiden oder doch von der einen Seite ohne gehörige Ueberlegung vollführt, in erregter Stimmung, unter der Herrschaft eines unbefriedigten blinden Naturtriebes, auf Seiten des weiblichen Theils auch unter Einwirkung der Entwickelungsperiode. Nur bei Wiederholung fand nicht selten Beredung statt, oder doch einseitige Ueberlegung. Seltener war raffinirte Sinnlichkeit die Quelle, um so häufiger verwahrloste Rohheit. — Die Stärke der gegenseitigen geistigen Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung ergibt den Mitschuldantheil. —

B. Widernatürliche Unzucht unter Personen gleichen Geschlechts.

Dieses Mehrheitsvergehen scheidet sich aus von dem allgemeinen Begriff der Sodomie oder naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebes (monstrosa Venus) überhaupt. Und zwar eben durch dies gewichtige Merkmal, dass es, vom Menschen mit dem Menschen begangen, eine Mitschuld begründet. Es ist daher ein grundsätzlich falscher Standpunct, wenn allgemeinen Aussprüchen des canonischen Rechts folgend

Jod. Damhouder. Prax. rer. crim. cap. 96. §§. 4 sqq.

— nach ihm Carpzov und Andere — das peccatum contra naturam in folgenden Stufen von der niedrigsten bis zur höchsten Strafbarkeit aufsteigen lassen: Widernatürliche Unzucht, die Jemand verübt 1) an sich selbst 2) an anderen Menschen 3) an Thieren. Das punctum saliens ist dabei übersehen. Wer hier „an" anderen Subjecten frevelt, der frevelt eben mit ihnen — was Damhouder schon in seiner Bezeichnung „cum hominibus" würde entdeckt haben, wenn er bei 1. an Stelle des „secum" gesetzt hätte: in semet ipso oder Aehnliches —, er frevelt mit ihnen, indem er den Mitmenschen zum Mitschuldigen macht, und so die Mitschuld der verbrecherischen geistigen Einwirkung auf sein eigenes Haupt ladet (vgl. oben §. 18). Es würde ebendarum sich rechtfertigen, die widernatürliche Unzucht an und ... hen

in Strafbarkeit über die sog. sodomia ratione generis zu stellen. Die Gesetzgebung des Mittelalters und der Neuzeit entscheidet sich doch wenigstens für Gleichstellung.

Bamb. Art. 141. P. G. O. Art. 116.

Preuss. St. G. B. §. 143.

Für die höhere Strafbarkeit der sodomia ratione sexus entscheidet ausser dem angegebenen Hauptgesichtspunct: der corruptio animi alieni, welche die Grundlage der Mitschuld und der verbrecherischen Theilnahme bildet, noch dieser zweite: die weit grössere Gefährlichkeit. Unwiderlegliche Thatsachen zeigen, wie das genannte Verbrechen, insbesondere Päderastie und Unzucht zwischen Mann und Mann, den ansteckenden Keim allgemeiner Entsittlichung und Entnervung birgt, welcher ein ganzes Volk zu verderben vermag. Exempla odiosa. Hierin liegt zugleich der tiefe Grundgedanke der Geschichte in

1. Mos. 19. V. 5—9. Vgl. 3. Mos. 20, 13,

welchem Gedanken freilich, als Sohn Italiens, selbst Dante im Eilften Gesange der Hölle v. 49 ff. 82 ff. gerecht werden nicht konnte. Die Unzucht unter Personen verschiedenen Geschlechts mag der Sittenordnung, und wenn sie in qualificirter Gestalt auftritt auch der Rechtsordnung widerstreiten — die unter Personen gleichen Geschlechts ist mehr, sie ist ein Frevel an der heiligen, dem Menschen angebornen Ordnung der Natur überhaupt („παρὰ τὸν τῆς φύσεως νόμον", Clem. Alex. paedag. III. 3.) und zugleich an der Menschennatur im Mitschuldigen. Es mag an der Zeit sein, auf diesen Angelpunct des Verbrechens ausdrücklich hinzuweisen.

Die Beschränkung in neueren Gesetzbüchern, welche, abweichend von der P. G. O. und dem gemeinen Recht überhaupt, lediglich die Unzucht — hier ist das Wort an seiner Stelle — unter Personen männlichen Geschlechts aufgenommen haben, mag praktisch unerheblich sein und etwa der Criminalpolitik entsprechen, (vgl. das Princip in Bamb. Art. 142. a. E.); grundsätzlich war die allgemeinere Fassung „zwischen Personen gleichen Geschlechts" entschieden vorzuziehen. Von Concurrenz mit Incest, welcher Beischlaf erfordert, kann hier natürlich die Rede nicht sein.

Kaum bedarf der Erwähnung

a. dass die freiwillig Betheiligten

cf. Paul. S. R. II. 26. §. 13: Qui (sc. masculus) voluntate sua stuprum flagitiumve impurum patitur etc.

und Zurechnungsfähigen beziehungsweise mit Unterscheidungsvermögen Handelnden Mitthäter sind,

b. dass die Strafbarkeit des Einzelnen hauptsächlich nach folgenden Momenten sich bestimmt: ob derselbe in überlegtem Vorsatz oder gar nach Vorverständigung am Thatacte sich betheiligte, wer Anstifter war und durch welche Mittel er dem Mitthäter wirksame Beweggründe bot.

Nicht schwer aber für unsern Zweck unerspriesslich würde es sein, die Zahl der im Vorstehenden erörterten Vergehen durch einige andere Fälle zu vermehren, welche mit mehr oder weniger Sicherheit dieser Gruppe beigesellt werden könnten.

So die ausnahmsweise strafbaren Fälle der naturgemässen „Unzucht an der einwilligenden Person"

Preuss. St. G. B. §§. 142. 145. 149.

S. darüber Hälschner, Syst. II. §§. 53. 54. S. 3[illegible]3 ff.

So Werbung zu fremdem Kriegsdienst, gewerbmässiges Hazardspiel

Preuss. St. G. B. §. 111. cf. §. 68. — §. 266.

Dagegen gehört nicht hierher — wie

Hepp a. a. O. (s. oben §. 7)

in der wunderlichen Fassung „freiwillige Entführung" andeuten will — die Entführung einer einwilligenden Minderjährigen, da letztere als Mitschuldige im Sinne des heutigen Strafrechts nicht erscheint

Preuss. St. G. B. §. 208. Vgl. P. G. O. Art. 118,

umsoweniger denn als Mitthäterin.

Soweit aber in den soeben genannten Fällen der Begriff der Mitthäterschaft Anwendung leidet, sind die oft hervorgehobenen Momente für Bestimmung der Mitschuld und Strafe auch hier massgebend.

Gruppe II: Fälle des einseitigen Zusammenwirkens.

§. 61.

Allgemeines.

Was dieser Gruppe mit der vorhergehenden gemeinsam ist, wurde bereits in den §§. 53. 54. erörtert: die Einheit des Verbrechens bei begriffsmässiger Verbrechermehrheit.

Auch hier ist die Unterlage des Verbrechensbegriffs, der Thatact nämlich, lediglich durch ein Zusammenwirken mehrerer Subjecte herstellbar. Aber aus ganz anderen Gründen als dort. Dort bildete

sich der Thatact durch eine Begegnung der Einzelthätigkeiten, indem dieselben von verschiedenen, gleichsam gegenüberliegenden Richtungen ausgehend in Einem Puncte zusammenstossend sich vereinten. Es war dies erforderlich schon nach äusserlicher Betrachtung des thatsächlichen Vorganges, den das Verbrechen voraussetzte: ein Kampf, eine Uebereinkunft, ein Beischlaf, ein Eheschliessungsact, Uebung von Unzucht. Die Anforderung des Begriffs ruhte auf einem logischen Gesetze, auf innerer Nothwendigkeit. Jede Einzelthätigkeit verlangte ihre Ergänzung durch die andere, um als Ursache ihre Wirkung den Thatact hervorzubringen. Hier dagegen wäre an sich die Thätigkeit eines Einzelnen im Stande, eine That und zwar eine verbrecherische ins Leben zu rufen. Ein Individuum allein kann der Obrigkeit in strafbarer Form sich widersetzen

s. Preuss. St. G. B. §. 89. vgl. §. 192.

Beiläufig mag hier im Hinblick auf diese Gesetzstellen erwähnt sein, dass ich die Bestimmungen derselben, welche ganz verschiedene Strafen drohen, nicht blos darin begründet finde, dass im §. 89 lediglich von Angriff oder Widerstand, im §. 192 von Misshandlung oder Körperverletzung die Rede ist, sondern auch darin, dass dort der von der Amtshandlung Betroffene selbst, hier dagegen auch ein Dritter als Thäter vorausgesetzt wird.

Ein Individuum vermag vielleicht die Behörde zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu zwingen — man denke nur an die grassirenden Revolver — oder einen Gefangenen zu befreien

vgl. Ebend. §§. 90. 94.

Zum Aufruhr beziehungsweise Auflauf, zur Meuterei u. s. f. fordert aber das Strafgesetz begriffsmässig eine Verbrechermehrheit, obgleich diese Vergehen im letzten Grunde, in der begrifflichen Grundlage mit den genannten Delicten eines Einzelnen zusammentreffen. Der Grund, weshalb das Strafgesetz für jene Mehrheits-Thatacte nichtsdestoweniger besondere Vergehen aufstellt, kann demnach ein logischer nicht sein. Der Grund ist ein praktischer. Einmal kann unter normalen Verhältnissen ein dauernd wirksamer Widerstand oder gar Zwang wider die Obrigkeit kaum stattfinden, wenn nicht durch vereinte Kräfte Mehrerer die Widerstandsfähigkeit der Obrigkeit gebrochen wird. Sodann ist die Gefährlichkeit für den Bestand der öffentlichen Ordnung eben nur dann in besonderem Masse vorhanden. — So beruht also die beiden Gruppen gemeinsame Einheit des Verbrechens für jede derselben von vornherein auf verschiedenem Grunde.

Ganz verschieden aber ist hier auch die Art der Wirksamkeit, in

welcher die Mehrheit sich bethätigt. Die Mitschuldigen wirken zusammengehend — neben und mit einander thätig — zu demselben Ziele zusammen, und verstärken durch die Vereinigung mehrerer Stösse auf Einen Zielpunct die Wirksamkeit des Thatactes, welcher an sich auch für jeden Einzelnen allein ausführbar erscheinen könnte. Auch hierin tritt wiederum hervor, wie die Begriffsmässigkeit dieser Mehrheit auf praktischer nicht logischer Basis ruhen muss. Die Aufrührer, Meuterer streben in gesammeltem Haufen auf Einem Wege, in Einer Richtung, dem Ziele ihrer Thätigkeit zu.

Daraus aber folgt ferner Zweierlei. Erstens, dass die Mehrheit hier nicht auf eine Zweizahl beziehungsweise Dreizahl von Thätern beschränkt ist, sondern über diese Zahl weit hinausgehen kann, gemeiniglich auch hinausgeht, dass sie eine an sich unbegrenzte Anzahl von Thätern umfassen kann. Das liegt wiederum begründet in der ganz verschiedenen Natur des Thatactes. Man könnte daher diese Vergehen Mengevergehen nennen. Zweitens, dass die Mitwirkenden, wenigstens ein Theil derselben, nicht selten eine erheblich verschiedene Beurtheilung ihrer verbrecherischen Absicht und Thätigkeit erheischen, dass Helfer beziehungsweise Anstifter neben Thätern an demselben Thatacte sich betheiligen, ja die Scheidung in concreto oft schwer oder fast undurchführbar scheinen mag, wer Thäter, wer betheiligter Nichtthäter gewesen. Auch dies Alles liegt beschlossen in der begrifflichen Verschiedenheit der beiden Gruppen des echten concursus necessarius. Die Duellanten, Concumbenten u. s. f. waren nothwendigerweise Mitthäter, also Thäter, weil Ein Thäter des Kampfes, Coitus etc. undenkbar ist; und von ihnen unterschieden sich daher ganz bestimmt dritte mit Anstiftung oder Hülfe betheiligte Personen. Zwar müssen auch bei dem Aufruhr und den Mengevergehen überhaupt Mitverbrecher auftreten; dieselben brauchen aber nicht in einer bestimmten Anzahl eben Mitthäter zu sein.

Allein dem concursus necessarius angehört unleugbar auch diese zweite Gruppe. Auch hier fordert, wenngleich aus ganz anderem Grunde als bei jener ersten, das Strafrecht begriffsmässig für Ein Vergehen eine Mehrheit von verbrecherisch zusammenwirkenden Subjecten, und zwar solchen, unter denen mindestens einige als Mitthäter erscheinen. Auch hier kann der That- beziehungsweise Schuldantheil eines Jeden schon deshalb isolirt nicht dastehen, weil Alle an Einem Vergehen die Mitschuld tragen, wenn gleich zu mehr oder minder verschiedenen Antheilen.

Auf Verschiedenheit des Geschlechts, der persönlichen Stellung

zum Object des Vergehens, der Thatweise im Zusammenwirken (s. oben §. 54) kommt hier begrifflich nichts, für die Strafzumessung in concreto dagegen vielleicht nicht wenig an.

Eine Verständigung unter mindestens einigen der Betheiligten wird hier stets vorausgesetzt; nicht selten mag sogar mehr als incidentes Einverständniss, nämlich planmässige Vorverständigung wenn nicht unter allen so doch unter den Leitern constatirt werden. Dies hat

Köstlin, Syst. I. §. 89. Anm. 2 a. E.

verleitet, ein sog. Komplott als den begrifflichen Ausgangspunct des Aufruhrs und verwandter Delicte hinzustellen. Es würde aber in der That die Mehrzahl dieser Vergehen in praxi allganz straflos bleiben müssen, wollte man eine planmässige Vorverständigung zu deren wesentlichen Erfordernissen zählen! Der geistvolle Criminalist liess es bei dieser paradoxen Behauptung wohl selber einmal an dem fehlen, was er hier fordert, an reiflicher Ueberlegung.

§. 62.

1. Der Aufruhr.

Das heutige positive Recht fasst diesen Begriff als: die von einer öffentlich zusammengerotteten Menge gegen die Obrigkeit verübte Widersetzlichkeit oder Gewaltthätigkeit.

Mag diese Definition in der Wortfassung des einen oder anderen Merkmals von denen unserer Lehrbücher abweichen, sie nähert sich umsomehr derjenigen des

Preuss. St. G. B. §. 91. vgl. das. §§. 89. 90,

welche m. E. wiederum mit dem gemeinen Rechte in allem Wesentlichen übereinstimmt.

Auch dieses Delict ist das Ergebniss eines allmäligen Entwickelungs- und Ausscheidungsprocesses, bei dem alle Rechtsquellen zusammenwirkten. Andrerseits aber verdient hier ein besonderer Factor Beachtung. Für die Auffassung des Aufruhrbegriffs, wie für die aller wider die öffentliche Ordnung unmittelbar gerichteten Verbrechen, sind die jeweiligen Zeitverhältnisse mit vorwiegender Stärke massgebend. Nur so erklärt sich das fortwährende Schwanken der römischrechtlichen Begriffe von seditio, tumultus und turba, welches also keineswegs einer begrifflichen Unklarheit — dürfen wir die prudentes einer solchen zeihen? — sondern den verschiedenen Phasen des römischen Gemeinwesens zuzurechnen ist.

Vgl. Rein, Crim. R. der Römer. S. 522 ff.
Wächter im Rechtslex. s. v. Aufruhr.

Gleich allen mit der römischen Staatsordnung engverflochtenen Rechtsbegriffen war die seditio zur Reception ungeeignet. Der Aufruhr bildete sich im Wesentlichen unabhängig auf deutschem Boden.

Der Aufruhr lag gebunden in dem weiten Begriff der Friedbrüche, einer Ausscheidung fähig und bedürftig, aber noch ohne feste Gestaltung. Nur Soviel mag an diesem Orte ohne nähere Ausführung angedeutet sein: es hat m. E. der bedeutsame, keineswegs noch genügend ausgebeutete Gegensatz der heimlichen und offenen That, welcher auch innerhalb der Friedbrüche sich geltend machte — erstere mit dem Gepräge der höheren Strafbarkeit —

vgl. Wilda, Strafr. der Germ. S. 271. 568 ff. 712.

auch hier eine entscheidende Rolle gespielt. War ein Friedbruch von Individuen, die in einem Unterwürfigkeitsverhältnisse standen, gegen deren Obere verübt, dann konnte das entweder in Gestalt des heimlichen Bruchs der Treue geschehen sein, wodurch der Begriff des Verraths sich gestaltete, oder in Form der offenen Widersetzlichkeit, wobei der Treubruch in den Hintergrund, der Bruch der Ordnung in den Vordergrund trat. Nachklänge dieses Gegensatzes finden sich noch in der Bamberg. und P. G. O., wenn man deren Artt. 149 beziehungsweise 124, die von „verreterey“ handeln, vergleicht mit unseren Artt. 152 beziehungsweise 127 („auffrur des volks machen“). Kennzeichnend ist nämlich, dass ersteres Verbrechen dem Ehebruch sich anschliesst, letzterem erst nach Zwischenschiebung von Brandstiftung und Raub seine Stelle angewiesen wird. Nicht fern steht dieser Auffassung

Boehmer. Meditt. in C. C. C. art. 127. §. III.

wenn er daselbst actus clandestini und actus manifesti, clam und palam se opponere unterscheidet.

Der auffällige, oben im §. 25 bereits erörterte Umstand, dass die P. G. O. und deren Quelle mit dem Verbrechen lediglich des Aufwieglers oder Aufruhrstifters sich befasst, also ein Mehrheits- oder Mengevergehen nicht aufstellt, findet in

L. 38. §. 2. D. de poenis. 48, 19.
L. 2. C. de seditiosis. 9, 30. verb. „seditionum et tumultus auctores“

schwerlich seine Erklärung. Eher vielleicht darin, dass einerseits andere und darunter sogar gleichzeitige Reichsgesetze

Reichsabsch. von 1526 und 1530.
vgl. Wächter a. a. O. S. 469.

mit dem Aufruhr oder richtiger: dem Aufstand selbst bereits zur Genüge sich beschäftigten, andrerseits in der P. G. O. lediglich der Aufwiegler als peinlicher Missethat schuldig ausgezeichnet werden sollte. Wir sagten: richtiger „Aufstand"; denn „Aufruhr" bedeutet ja sprachlich nur die Handlung des Aufrührens, das excitare populum, sei es zu gerechtem Zwecke — so bei Verfolgung eines Diebes

s. P. G. O. Art. 158. Bamb. 184.
Walch. Glossar. s. v. Aufruhr —

sei es zu rechtswidrigem Zweck, wie in unserm Art. 127. In der That ist es ja auch der Carolina niemals in den Sinn gekommen, ein Strafgesetzbuch sein zu wollen; sie ist bekanntlich ex professo Strafgerichts- und Process-Ordnung.

Jedenfalls aber war durch die Bestimmung der P. G. O. soviel gewonnen:

1. Hervorgehoben war die Richtung des Delicts wider die Obrigkeit als solche, und zwar seit dem Proj. II, während die Bamb. und Proj. I diesen Gesichtspunct nicht betont hatten. Darin lag eine Reinigung des Aufruhrbegriffs gegenüber der römischen seditio, die auch wider Mitbürger als solche gerichtet sein konnte, und der Beginn einer festen Gestaltung im Zusammenhange mit den gleichzeitigen Reichsabschieden. Zugleich ergab sich ebendadurch

2. die Scheidung von anderen Friedbrüchen, und zwar von den heimlichen (Verrätherei und Landzwang) sowohl als von anderen offenen (Landfriedensbrüchen, Art. 129). Die Ausscheidung war angebahnt, wenngleich nicht mit Strenge durchgeführt.

In allem Uebrigen harrte der Begriff noch seiner Erlösung. So als Mehrheitsverbrechen, so mit Bezug auf denjenigen Thatact, welcher als Aufstand oder Aufruhr wider die Obrigkeit erscheinen könnte. Die Doctrin des 18. Jahrhunderts, an der Spitze Kress und Boehmer, vor Allem aber in der Neuzeit die lichtvolle Untersuchung von

Wächter, N. Arch. des Crim. R. (1835). S. 469 ff.

erleichterte den neueren Gesetzgebungen eine befriedigende Lösung der letztgenannten Fragen. Das Preuss. St. G. B. namentlich hat dies mit vielem Glück vollzogen. Ausgehend im §. 89 (Titel: Widerstand gegen die Staatsgewalt) von dem Vergehen des Einzelnen, und zwar in doppelter Richtung

a. defensive Gewalt: Widersetzlichkeit durch Angriff oder Widerstandleisten, und zwar von Seiten des durch Vornahme einer Amtshandlung Betroffenen (s. oben unsern §. 61),

b. offensive Gewalt, um von einer Behörde eine Amtshandlung oder deren Unterlassung zu erzwingen — St. G. B. §. 90,

wendet es sich im §. 91 zu dem Mehrheitsvergehen des Aufruhrs, welches beide Gewalthandlungen a und b zusammenfasst, sich also eben nur dadurch ausscheidet, dass eine öffentlich zusammengerottete Menge es ist, welche mit vereinten Kräften defensive oder offensive Gewalt an der Behörde verübt. Der Thatact, scheinbar derselbe, wird dennoch ein anderer. Das Zusammenwirken einer Menge, die ihren ordnungswidrigen Willen durchsetzen, ertrotzen, das herrschende Organ zum gehorchenden herabwürdigen will, erregt in jedem Einzelnen der Rotte eine Missachtung aller Ordnung, nur allzusehr genährt von dem natürlichen Hange des Gehorchenden, sich auf dem Thron der Herrschaft zu erblicken. Es handelt sich nicht mehr um die kleinen Interessen der Last, die man abzuwälzen wünschte, der Pflicht, die man widerstrebend getragen — es gilt nunmehr im Verein, „der Ordnung heilig Band" zerreissen.

Mit Recht erklärt daher

Feuerbach, Kritik des Kleinschrodschen Entw. II. S. 47 ff.

für dringend geboten, dass man hier — ich mögte hinzufügen: und bei allen Vergehen an der Staatsordnung selber — die Vollendung nicht erst in die verübte Gewalt setze, sondern die „Grösse der Gefahr" in Betracht ziehe. Nur geht er zu weit, wenn er „unzweideutige Erklärung" der widersetzlichen Absicht für hinreichend hält.

S. dagegen Morstadt, Krit. Comment. zu Feuerb. §. 203.

Nach der entgegengesetzten Seite hin verlangt Wächter zuviel, wenn er verübte Gewalt fordert, die bereits Erfolg gehabt hat. Die in der Mitte liegende Wahrheit treffen die neueren Gesetzbücher und

Berner, Lehrb. §. 212 a. E.

Die erklärte Absicht muss in Widerstand, Drohungen oder absolute Gewalt sich verkörpert haben, eingetretener Erfolg oder Schade aber darf gefordert nicht werden. Das Widerstandleisten, Angreifen muss in defensiver Richtung, das „Zuerzwingensuchen" in offensiver Richtung des Thatactes genügen. Es ist, wie bereits angedeutet wurde, nahezu eine Versündigung am gesunden Menschenverstande, wenn man bei Delicten, die eine Umkehrung der öffentlichen Ordnung bezwecken — Hochverrath, Landesverrath, Aufruhr theilen dieses Merk-

mal — das Erreichen des Zwecks, wenn auch nur ein theilweises, zum Vollendungskriterium erheben will.

An der Obrigkeit wird das Delict begangen, d. h. an der Handlungsfreiheit desjenigen Staatsorgans, welches in weiterem oder engerem Kreise zur Handhabung der öffentlichen Ordnung bestellt ist. Hier trifft die Grenzbestimmung des

Preuss. St. G. B. §. 89. vgl. §§. 90. 91

m. E. mit der in der

P. G. O. Art. 127. (vgl. die durchaus abweichende und unbestimmte Fassung nach der Bamb. Art. 152)

offensichtlich gemeinten vollständig zusammen.

Die Zahl der Subjecte des Aufruhrs bestimmen wollen heisst die Frage aufwerfen, wieviele Bewaffnete eine Festung zu nehmen oder wieviele Meutehunde einen Eber zu bewältigen vermögen. Wenn die

L. 4. §. 3. D. vi bonor. rapt. 47, 8.

bei Gelegenheit des damnum in turba datum, also nicht einmal der seditio, ausspricht:

„si plures fuerunt, decem aut quindecim homines, turba dicetur",

so zeigt schon die Wortfassung, dass auf „plures" d. h. hier: mehr als zwei Personen (arg. verb. „quia duo turba non proprie dicentur") Alles, auf die beispielsweise hinzugefügte Zehn- und Fünfzehn-Zahl wenig ankommt. Ueberdies haben die prudentes bekanntlich auch anderswo von der erstgenannten runden Zahl Gebrauch gemacht, wo dieselbe ebenfalls als blosses Beispiel der grösseren Mehrzahl gemeint ist. Mit Recht lässt

Berner, Lehrb. a. a. O.

in Uebereinstimmung mit dem

Preuss. St. G. B. §. 91, verb. „mehrere Personen"

lediglich die concreten Umstände entscheiden.

A. M. Feuerbach und Morstadt, Lehrb. §. 201
und sogar Wächter im Rechtslex. a. a. O. S. 469.

Will man denn allen Ernstes behaupten, dass neun oder weniger Personen nicht im Stande sein sollten, auf dem platten Lande oder in der kleinen Stadt einen regulären Aufruhr in Scene zu setzen! Es gibt in der That wenige Streitfragen, die auf so schwachen Füssen ständen wie diese, mag man die Quellen oder die gesunde Vernunft zu Rathe ziehen. Das Verhältniss der Rotte zur Widerstandskraft der betroffenen Obrigkeit, die localen Umstände, der concrete Endzweck der Zusammenrottung — diese Vorfragen sind es, nach welchen sich entscheidet, ob Aufruhr, ob einfache Widersetzlichkeit vorgelegen hat.

Von ganz anderer Bedeutung ist die Stellung der betheiligten Subjecte zum gemeinsamen Vergehen. Es gilt nämlich

1. die eigentlichen Mitthäter zu bestimmen. Dies sind alle, die mit Begehungs-Absicht und Handlung an dem Thatacte selbst sich betheiligt haben. Unter denselben wird oft, nicht immer, der oder die anstiftenden Mitthäter (Aufwiegler, Aufruhrstifter) versteckt oder offen hervorgetreten sein.

2. Sodann die betheiligten Nichtthäter, welche entweder lediglich Anstifter d. h. weder mit Begehungs- noch Unterstützungshandlung eingreifende Aufwiegler — oder blosse Helfer sind. Das Kennzeichen für letztere ist Absicht und Thätigkeit der blossen sei es geistigen oder gemischten Unterstützung der Thäter. Dahin gehören als dii minorum gentium auch Solche, welche eben mitlaufen und mitschreien, ohne mit dem eigentlichen Acte des Widerstandes oder Zwanges geradezu sich zu befassen.

Hat somit eine vorgängige Sortirung stattgefunden, dann ist für jeden Einzelnen festzustellen

I. der Thatantheil, welcher in einer Begehungs- beziehungsweise Unterstützungsrate sich herausstellt

vgl. auch Preuss. St. G. B. §. 91. Al. 2,

aber unleugbar die etwa anstiftende Betheiligung am Thaterfolge in sich schliesst.

II. Zuvörderst bedarf sodann die isolirte Schuld eines Jeden der Prüfung: ob überlegter, ob übereilter Vorsatz vorlag. Letzterer pflegt bei Einigen, insbesondre nach dem Grundsatze in dubio benignius, nicht selten sich zu ergeben. Der erstere aber wird jedenfalls indicirt durch Betheiligung an planmässiger Vorverständigung, wo diese constatirt ist.

Vgl. P. G. O. a. a. O. verb. „fürsetzliche vnd boshafftige auffruren".

Sodann bedarf der Erwägung: die Mitschuld, je nach der stärkeren geistigen Einwirkung auf die Uebrigen oder gewisse derselben. Eben hier stehen geistige oder gemischte Helfer zurück vor dem Anstifter, die angestifteten Mitthäter vor den anstiftenden. Und wiederum ist hier jegliche Betheiligung an einer planmässigen Vorverständigung für jeden Einzelnen ein erhöhender Strafzumessungsgrund, weil schon darin eine verstärkte Einwirkung beziehungsweise Rückeinwirkung auf die Mitverbrecher beschlossen liegt.

Mit richtigem Verständniss, wenngleich vorwiegend für das Ver-

hältniss des Aufwieglers zu den Aufständischen, und weniger eingehend als

Wächter a. a. O. S. 471 unten

betont diese entscheidenden Fragen bereits

Boehmer. Meditt. l. l. verb.

Ad haec magnitudo delicti pendet ab eo, quod plus minusve quis contulit, adeoque, qui fax et tuba fuit, acriorem poenae gradum subit, reliqui leviori poena facinus luunt.

§. 63.

2. Auflauf und verwandte Vergehen bzw. Verbrechen.

In näherem oder entfernterem Anschluss an den Aufruhr gruppirt sich eine Reihe von anderen Mehrheitsvergehen, die der neueren Gesetzgebung ihre heutige feste Gestaltung, wenn nicht gar ihre Entstehung verdanken. Sie theilen mit dem Aufruhr alle wesentlichen, nach unserm §. 61 diese Gruppe des concursus necessarius kennzeichnenden Merkmale. Für die Beurtheilung der schuldhaft sei es als Mitthäter, Anstifter oder Helfer Betheiligten sind die soeben (§. 62 a. E.) entwickelten Grundsätze massgebend.

Es bedarf aber zur Sonderung und Kennzeichnung dieser Vergehen der Anschliessung an ein bestimmtes Gesetzbuch, da das gemeine Recht uns im Stich lässt, und dieselben in den zahlreichen deutschen Codificationen der Neuzeit verschieden, auch nicht einmal alle, ausgebildet vorliegen. Uns steht als Anhalt am Nächsten das Preussische St. G. B., ganz davon abgesehen, dass eben dieses berufen sein dürfte, zu einem allgemeinen deutschen Gesetzbuch Grundlage und Bausteine in überwiegendem Masse zu liefern. —

A. Der Auflauf.

Ein Begriff, den wir so gestaltet in der Rechtsgeschichte vergeblich suchen würden, wenn gleich Aehnliches dem älteren positiven Rechte nicht unbekannt ist, der also ein festbegrenztes Specialvergehen des gemeinen Rechts nicht bildet. In der an öffentlichem Orte zusammengerotteten Menschenmenge, welche nicht blosse Neugier oder ein anderweites durchaus ungefährliches und erlaubtes Motiv gesammelt hat, liegt ein explosiver Stoff beschlossen, der hier- oder dorthin sich entladen, der in Plünderung, Hausfriedensbruch, Befreiung von Gefangenen, Störung der öffentlichen Ruhe und des Verkehrs, oder gar in Aufruhr ausarten mag. Es bedarf daher von Seiten der Obrigkeit vorsorgender Aufsicht, die, wenn der bedrohliche Character irgendwie vorzuliegen

scheint, als amtliche Aufforderung zum Auseinandergehen an die Versammelten sich geltend macht, damit der leichtentzündbare Stoff im Keim erstickt oder im ersten Aufflackern gelöscht werde. Fasse ich den Grundgedanken des

§. 92 des Preuss. St. G. B.,

welcher mit dem „Auflauf" (Al. 1) und dessen Uebergehen in Aufruhr (Al. 2) sich beschäftigt, richtig auf, so ist der Begriff etwa folgender:

Auflauf ist der von einer an öffentlichem Orte zusammengerotteten Menge gegenüber der von der Obrigkeit oder bewaffneten Macht ausgegangenen wiederholten (dritten) Aufforderung zum Auseinandergehen durch Versammeltbleiben verübte Ungehorsam.

Erst dadurch gestaltet sich die Zusammenrottung zum Vergehen des Auflaufs. Wenn das Gesetzbuch a. a. O. sagt

„mehrere versammelte Personen — aufgefordert werden, sich zu entfernen",

so scheint mir dies seinem Sinne nach durch „zum Auseinandergehen" wiedergegeben, jene Wortfassung aber kaum glücklich gewählt. Wenn nämlich die versammelte Menge als solche sich lediglich „entfernt" d. h. anderswohin begibt, und dabei wie auch dort an öffentlichem Orte versammelt bleibt, würde damit dem Buchstaben, schwerlich aber dem Geiste jener Aufforderung Genüge geleistet sein! Nicht die Menge soll sich entfernen, sondern jeder Einzelne aus der Menge d. h. die Menge soll sich auflösen, sich zerstreuen, auseinandergehen.

Zwei Momente sind es, welche den Auflauf vom Aufruhr scheiden:

1. Der Zweck, zu welchem die Menge sich zusammenrottete, ist bei ersterem indifferent. Derselbe mag mehr oder weniger strafbar sein, gewöhnlich ist es ein unfertiger oder übereilter Zweck, ein Kind des Augenblicks, um welchen Gleichgesinnte sich schaarten. Genug, dass die Zusammenrottung der Behörde nicht unbedenklich oder gar bedrohlich erschien.

2. Der Aufforderung, welche wiederholt und ordnungsmässig erging, wurde blosser Ungehorsam entgegengesetzt. „Insofern steht" wie treffend angibt

Berner, Lehrb. §. 212 i. A.

„der Auflauf in demselben Verhältniss zum Aufruhr, wie der einfache Ungehorsam zur Widersetzlichkeit." Die Aufforderung braucht nicht als sogenannte Aufruhracte besonders formulirt zu sein, wie zweckmässig dies auch erscheint, um über den Ernst der Folgen keinen Zweifel zu gestatten.

Aus dem Merkmale sub 1 ergibt sich, dass seltener eine plan-

mässige Vorverständigung über den ursprünglichen Zweck der Zusammenrottung vorliegen mag. Allein dieser Zweck ist überhaupt nur von Bedeutung für die Strafzumessung.

Der Uebergang vom Auflauf zum Aufruhr, welchen das St. G. B. a. a. O. Al. 2 näher bezeichnet, erscheint als reine Consequenz. Denn, wenn der Einzelne von einer Amtshandlung betroffen und derselben defensive oder gar offensive Gewalt entgegensetzend, dadurch der Widersetzlichkeit oder Gewaltthätigkeit wider die Obrigkeit schuldig wird (§§. 89. 90 des G. B.), dann muss eine im Auflauf begriffene von der Aufforderung betroffene Menge, welche entsprechende Handlungen mit vereinten Kräften entgegensetzt, ihr Vergehen zum Aufruhr steigern. —

B. An Aufruhr grenzt die Meuterei der Strafgefangenen, begangen in der Strafanstalt (St. G. B. §. 96) oder ausserhalb derselben

Ges. v. 11. April 1854, betr. die Beschäftigung der Strafgefangenen ausserhalb der Anstalt. §. 5.

Der Begriff Meuterei steht keineswegs fest, hat aber in der deutschen Rechtssprache offenbar aus der emeute, und mit dieser aus der Meute sich herausgeschält

vgl. Wachter, Glossar. s. v. meute (μῦθος).

Dem Sprachgebrauch der Particulargesetze wie der Wissenschaft scheint mir nachstehender Begriff am meisten zu entsprechen:

> Meuterei ist sowohl die Verschwörung wie der Aufruhr innerhalb eines Kreises, der nicht blos im allgemeinen Unterordnungsverhältniss zur Obrigkeit steht, sondern durch ein besonderes Band disciplinarischer Subordination unter einer vorgesetzten Behörde zusammengehalten wird.

Daher spricht man von Meuterei der Militairpersonen, des Schiffsvolks, des Gesindes, der Gutshörigen, der Strafgefangenen. Das Preuss. St. G. B. erwähnt lediglich der Letztgenannten, und befasst unter Meuterei ein Zwiefaches:

1. Die gemeinsam — versuchte oder vollendete — vorverständigte Selbstbefreiung, welche im Ausbruch beziehungsweise Entfliehen von der Arbeit sich verwirklicht oder zu verwirklichen sucht,

S. die obengenannten Gesetzstellen, verb.:

„sich zusammenrotten und entweder einen gewaltsamen Ausbruch ausführen oder auszuführen versuchen“ — „sich zusammenrotten und entweder entfliehen oder zu entfliehen versuchen“;

2. Den Begriff des Aufruhrs. Vgl. an beiden Orten die übereinstimmenden Worte: „oder gegen die Aufseher sich widersetzen“

(defensive Form) „oder dieselben zu Handlungen oder Unterlassungen zwingen oder zu zwingen versuchen" (offensive Form).

Hieran schliesst sich sogar in Al. 2 des §. 96 cit. dasselbe qualificirte Vergehen der Gewaltthätigkeit an Personen oder Sachen für die einzelnen eben in solcher Weise Betheiligten („Theilnehmer" im weiteren Verstande), welches bei dem Aufruhr im Allgemeinen (§. 91. Al. 2 des St. G. B.) hervorgehoben worden war. Das St. G. B. nennt a. a. O. Al. 3 alle Betheiligten „Meuterer", ein Ausdruck, den die gewöhnliche Rechtssprache ohne sonderlichen Grund auf den oder die Meutereistifter (μυθίτης) zu beschränken pflegt. —

C. Zusammenrottungen zum Zwecke und mit dem Erfolge der Plünderung beziehungsweise des Hausfriedensbruchs straft das

Preuss. St. G. B. in den §§. 284 bzw. 214

jene als Verbrechen unter den Vermögensbeschädigungen, diese als Vergehen wider die persönliche Freiheit. Bei Verschiedenheit des Objects — dort die Vermögensrechtssphäre, hier die Freiheitssphäre im Gebiet des Hausfriedens — und des Strafmasses, sind diesen Delicten folgende Merkmale gemeinsam:

1. dass Zusammenrottung, zwar nicht nothwendig eine an öffentlichem Ort erfolgte, die Voraussetzung bildet, es also um Mehrheitsdelicte sich handelt. Die gleiche Handlung, von einem Einzelnen verübt, enthält eine blosse Uebertretung: Störung des Hausfriedens

St. G. B. §. 346. 1)

beziehungsweise das einfache Vergehen der vorsätzlichen Vermögensbeschädigung

Das. §. 281.

2. Nicht die Organe der öffentlichen Ordnung, sondern die Rechtssphäre des einzelnen Mitbürgers wird durch diese Mehrheitsdelicte unmittelbar betroffen.

Ich finde, beiläufig bemerkt, darin den Anschein eines Verstosses gegen das Rechtsgefühl, wenn das G. B. für die Plünderung des §. 284 eine schwerere Strafe (bis 15 J. Zuchthaus) bestimmt, als für den durch Gewalt an Personen oder Sachen qualificirten Aufruhr des §. 91. Al. 2 (Zuchthaus bis zu 10 J.). Vielleicht aber ist die ratio legis diese, dass dort, nicht hier überlegter Vorsatz und als Motiv der Betheiligten Gewinnsucht vorausgesetzt wird. —

D. Entfernter als die bisher erörterten Delicte steht dem Aufruhr und Auflauf das Verbrechen des St. G. B. §. 63:

die Vorverständigung einer Mehrheit über ein hochverrätherisches Unternehmen.

Nur Billigung verdient es, wenn das Gesetz dem sogenannten Hochverrathskomplott der früheren Doctrin diese neue Gestalt eines Sonderverbrechens gibt,

A. M. John, Entwurf etc. eines St. G. B. für den Norddeutschen Bund (1868). S. 326 ff.

und dadurch die Streitfrage abschneidet, ob jenes „Komplott" blosse Vorbereitungshandlung, oder bereits Versuch des Hochverraths, oder gar dessen Vollendung enthalte. Nur bedaure ich, dass nicht ebenfalls die Vorverständigung Mehrerer über ein landesverrätherisches Unternehmen als Sonderverbrechen Aufnahme gefunden hat, beziehungsweise mit dem in §. 63 normirten verschmolzen worden ist. So dauert hinsichtlich des sogenannten Landesverrathskomplottes die alte Verlegenheit fort.

Während der Hochverrath, vom Einzelnen unternommen, nach §. 62 des G. B. „vollendet" ist mit „einer solchen Handlung, durch welche das verbrecherische Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll", und der Versuch also hier um eine Stufe zurücktritt, nämlich schon durch Handlungen begangen wird, welche nur mittelbar das Verbrechen zur Ausführung zu bringen bestimmt sind — ist das obengenannte Delict ein besonderes Mehrheitsverbrechen, das bereits vollendet ist durch die blosse Verabredung der Ausführung selbst

vgl. Berner, Lehrb. §. 240. sub ε)

unter zwei oder mehreren Personen „ohne dass es schon zum Beginn der im §. 62 bezeichneten Handlung gekommen ist."

Alles Andere — namentlich das Object — mit dem Hochverrathe theilend, unterscheidet dieses Sonderverbrechen sich von demselben in drei Merkmalen:

1. der begriffsmässig erforderlichen Mehrheit von schuldhaft betheiligten Personen, welche übrigens ausser den Mitthätern auch blosse Anstifter und Helfer in sich schliessen kann,

2. der Vorverständigung (Verabredung) über die Ausführung des Unternehmens selbst unter diesen Betheiligten,

3. dem Consummationserforderniss, dass nicht blos die Verabredung eine definitive sein, sondern eben die Ausführungshandlung selbst bereits zu ihrem Gegenstande haben muss.

Mit tiefem Verständniss hütet sich das Gesetz vor dem principiellen Fehler der alten Komplottlehre, welche alle an der Vorverständigung („Komplott") Betheiligten als „Miturheber" betrachten, oder gar gleicher Strafe unterwerfen will.

Unsre Theorie der Mitschuld bei Vorverständigung (s. oben §. 38) wird hier der beispielsweisen Durchführung nicht mehr bedürfen. —

E. Endlich gehört hierher das Vergehen der strafbaren Association oder Verbindung.

Nachdem die noch geltende und nunmehr — seit dem Jahre 1867 — auf die neuerworbenen Landestheile (unter den Anhängen zum St. G. B.) ausgedehnte

Verordn. vom 11. März 1850 über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Missbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts

die polizeilichen Beschränkungen in dieser Richtung auf das Umfassendste geordnet und in den §§. 12—19 die Uebertretung dieser Vorschriften mit Geldbusse beziehungsweise Gefängnissstrafe belegt hatte, wurden im St. G. B. (1851) zwei Fälle als Sondervergehen hervorgehoben:

1. die nach Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheimgehaltene Verbindung, gleichwie diejenige, in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam, oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird. §. 98 des St. G. B. Hierin liegen zwei Unterarten beschlossen: a. die geheime Verbindung, b. die zwar nicht geheimgehaltene, welche aber die soeben bezeichnete staatsgefährliche Unterordnung festsetzt. — Als höher strafbarer Fall sodann
2. die Verbindung, welche bezweckt oder damit sich befasst „Maassregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften". §. 99 des St. G. B. Ich nenne diese Verbindung die staatsordnungswidrige (nicht blos staatsgefährliche).
 Hier wird weder Geheimhaltung, noch jene Unterordnung erfordert, dagegen liegt der Nachdruck auf den hervorgehobenen Merkmalen, deren erstes das Verbrechen der Hochverrathsverabredung — s. oben sub D. — ausschliesst, wohl aber als Vorbereitungshandlung die Quelle von Aufruhr und Auflauf in sich birgt, deren zweites den Gegensatz zu gesetzlicher Ausübung des Petitionsrechts bildet, und als ungesetzliche Mittel so geheime wie offene in sich beschliesst.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Vergehen liegt darin, dass das unter 1. genannte zwar gegen die öffentliche Ordnung verstösst, allein keineswegs die unmittelbare Richtung auf politische Zwecke zu haben braucht, während das Vergehen sub 2.

unverkennbar eben dieses Gepräge trägt, wie gesagt lediglich mit Ausnahme der hochverrätherischen Verbindung, als welche möglicherweise das Verbrechen des St. G. B. §. 63 (oben unter D.) enthalten würde.

Die angezogenen Gesetzparagraphen unterscheiden die „Theilnehmer“ — ein Ausdruck, der hier wiederum nicht im technischen Verstande des G. B. im Dritten Titel verwendet wird, sondern alle schuldhaft Betheiligten schlechthin umfassen soll — in „Mitglieder“ einerseits und „Stifter, Vorsteher und Beamte“ der Verbindung andrerseits, und zwar so, dass sie das Strafmaximum für letztere das doppelte von dem für erstere festgesetzten sein lassen.

Die Mitglieder sind die einfachen, die Stifter, Vorsteher u. s. w. die qualificirten Mitthäter. Hierdurch wird das Gesetzbuch dem Begriff der Anstiftung und der stärkeren, weil leitenden und ordnenden

vgl. die angef. Verordn. vom 11. März 1850. §§. 12 ff.

„Vorsteher, Ordner, Leiter“

geistigen Einwirkung auf die übrigen Mitschuldigen von vornherein gerecht. Als blosse Helfer können in die Verbindung aufgenommene „Mitglieder“ nicht erscheinen, wodurch freilich strafbare Hülfleistung von Nichtmitgliedern keineswegs ausgeschlossen sein dürfte. —

Zweite Abtheilung.

Die unechte begriffsmässige Verbrechermehrheit.

§. 64.

Gruppe I: Fälle, in welchen die Einheit des Verbrechens fehlt.

Das Eigenthümliche dieser Gruppe, die dem concursus necessarius nicht angehört, besteht darin, dass die Fälle derselben in folgenden Momenten den Mehrheitsdelicten sich annähern:

1. Auch hier setzt die Strafrechtsregel eine Mehrheit von handelnden Subjecten voraus.
2. Die etwaige Mitschuld dieser Subjecte bleibt in der Strafsatzung wie Strafzumessung nicht unberücksichtigt.
3. Es wäre an sich weder unlogisch noch unjuristisch, wenn man die betheiligten Mitschuldigen als an Einem Delict Betheiligte auffasste.

Allein das positive Recht hat aus besonderen Gründen diesen

Weg nicht eingeschlagen, sondern die in Einem Thatact oder doch mit Beziehung auf Einen Erfolg Betheiligten als Einzelthäter verschiedener Vergehen oder Verbrechen aufgefasst und unter besondere Strafgesetze gestellt. Es fehlt somit das unerlässliche und echte Kennzeichen der Verbrechermehrheit: die Einheit des Verbrechens.

Hierher gehören schon nach gemeinem Recht Hehlerei und Kuppelei im Verhältniss zu den dadurch begünstigten beziehungsweise geförderten etwaigen Vergehen; nach neuerer Gesetzgebung auch das selbständige Vergehen der Begünstigung und das der Nichtanzeige.

Sehen wir vor der Hand einmal ab von den speciellen Bestimmungen der Rechte über diese Delicte. Nach allgemeinen Grundsätzen des positiven Rechts würde Nichts im Wege stehen, vielmehr der Natur der Sache entsprechen, den Hehler als Begünstiger beziehungsweise Helfer des Diebes, Räubers oder sonstigen Delinquenten aus Gewinnsucht und an Vermögensrechten Anderer, den Kuppler als Helfer beziehungsweise Anstifter zu Unzucht, Ehebruch u. s. w. zu behandeln. Ja selbst die sog. Begünstigung schlechthin als Hülfe oder Förderung, wenn nicht zur Begehung des betreffenden Delicts so doch zur Sicherung und Fortdauer des verbrecherischen Erfolges, in den Bereich der Theilnahme am Delicte selbst zu ziehen — diese Anschauung widerspräche weder den Quellen des gemeinen Rechts, die vielmehr ein allgemeines Sondervergehen der Begünstigung nicht aufstellen, sondern von Hülfleistung vor während und nach der Ausführung reden (s. oben §§. 23 — 25. 50), noch auch dem allgemeinen Begriffe, den ich als schuldhafte Nichtthäter-Betheiligung bezeichne. Dagegen muss allerdings das Unternehmen, die blosse (nicht im Vorwege zugesagte) Unterlassung der Anzeige eines bevorstehenden oder begangenen Verbrechens als verbrecherische Betheiligung zu kennzeichnen, nothwendigerweise scheitern, indem hier die Theilnahme als zum blossen Wissen der fremden künftigen beziehungsweise vergangenen That — welches Wissen nicht einmal ein Mitwissen zu sein braucht — verflüchtigt erschiene. Gesetzt also, man folgte jener Auffassung, dann würde zwar die Einheit des Delicts vorliegen, allein zugleich ein blosser sog. concursus facultativus, indem Diebstahl einen Hehler, Unzucht einen Kuppler, das Delict schlechthin einen Begünstiger begriffsmässig nicht erheischt.

Selbstredend kann demnach ein concursus necessarius überhaupt nicht, umsoviel weniger aber dann angenommen werden, wenn jene verbrecherischen Handlungen zu Sondervergehen ausgebildet sind, und

damit obendrein die Einheit des Delicts aufgegeben ist. Diesen Schritt hat, wie gesagt, bei Hehlerei und Kuppelei bereits das gemeine Recht gethan, wenn gleich anfänglich keineswegs mit bewusster Bestimmtheit

vgl. P. G. O. Artt. 40. 123.

Das Vergehen der Begünstigung und das der Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen verdankt, nach vielfachem Schwanken der Doctrin und Praxis, seinen vorläufigen Abschluss erst der neueren Particulargesetzgebung, und zwar nach dem Vorgange der

Const. Theres. Art. 3. §. 12. —

Diesem Allen nach schwindet jeder Schein einer begriffsmässigen Verbrechermehrheit in allen jenen Fällen, wenn man nur bedenkt

1. dass die verbrecherische Betheiligung des Hehlers, Kupplers, Begünstigers, allenfalls auch die des Nichtanzeigers, aufgefasst lediglich als Förderung einer fremden Thäterschaft, ganz und gar den allgemeinen Grundsätzen der gewöhnlichen Verbrecherconcurrenz, und zwar des sog. conc. facultativus, unterliegen würde,

2. dass, wenn man dagegen dieselben Thätigkeiten, wie heute, als selbständige Vergehen behandelt, ebendamit der conc. plurium ad delictum überhaupt ausgeschlossen wird, weder von Mitthäterschaft noch vom Verhältniss eines betheiligten Nichtthäters zu einem Thäter die Rede sein kann, indem jeder der Delinquenten sein besonderes Delict begeht: der Dieb den Diebstahl, der Hehler die Hehlerei — der Ehebrecher beziehungsweise Incestthäter sein Verbrechen, der Kuppler die Kuppelei — der Hauptverbrecher sein Hauptdelict, der Begünstiger beziehungsweise Nichtanzeiger sein Sondervergehen der Begünstigung bzw. Nichtanzeige.

Nachdem nun diese Reihe von Sondervergehen — wunderlicherweise als „delicta sui generis(!)“ von der Doctrin bezeichnet, als ob irgendwo ein mehrere species umfassendes genus gegeben wäre — sich gebildet hat, tritt deren Selbständigkeit der begünstigten oder geförderten That gegenüber in so vollkommener Weise hervor, dass wenigstens Kuppelei und Hehlerei auch da vorliegen und Straffolgen nach sich ziehen können, wo die geförderte That (z. B. einfache Unzucht, Diebstahl oder Unterschlagung von Ascendenten gegen Descendenten oder unter Ehegatten begangen — Preuss. St. G. B. §. 228) ein strafbares Vergehen überall nicht darstellt. Und dennoch vermögen, wie alsbald erhellen wird, die genannten Delicte ihren gewissermassen accessorischen Character nicht zu verleugnen.

Es bieten aber die Glieder der hier erörterten Gruppe nicht uner-

hebliche innere Verschiedenheiten, die wiederum an der Hand des Preuss. St. G. B. beleuchtet werden mögen.

I. Unter Kuppelei im Allgemeinen versteht man die vorsätzliche Beförderung oder Vermittelung der Unzucht anderer Personen; also nicht blos des Ehebruchs oder Incests, sondern auch der einfachen nicht strafbaren Unzucht. Strafbar aber ist die K. nach dem

St. G. B. §§. 147. 148

nur dann, wenn sie gewohnheitsmässig oder aus Eigennutz betrieben wird (einfache K.), und in erhöhtem Masse strafbar (qualificirte K.), wenn auch abgesehen von jenen Voraussetzungen hinterlistige Kunstgriffe angewendet worden sind oder der Kuppler zu der verkuppelten Person in elterlichem oder einem anderweiten besonderen persönlichen Schutz- und Vertrauensverhältnisse stand.

Ich finde in den Bestimmungen des St. G. B. keinen Anlass der Meinung von

Berner, Lehrb. 187 a. E.

beizupflichten — wenigstens scheint dies seine Meinung zu sein —, dass eigennützige u. s. f. Beförderung des Ehebruchs Anderer nicht Kuppelei sei, sondern „Beihülfe zum Ehebruch". Man könnte dafür geltend machen, das G. B. rede von „Unzucht", diese aber werde in den §§. 140. 141 vom Ehebruch unterschieden. Allein jene Auffassung entspricht schwerlich dem Geiste des Gesetzes, denn:

1. Unzucht umfasst im Allgemeinen auch den Ehebruch; es ist von vornherein nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber diesen gemeinen Sprachgebrauch verleugne;

2. die Kuppelei des Ehemannes, welcher dem Ehebruch der eigenen Frau aus Eigennutz, gewerbmässig etc. Vorschub leistet, ist zwar als qualificirte nicht genannt, wird aber der einfachen subsumirt werden müssen. Der Gesetzgeber thut des Falls schon aus diesem Grunde nicht Erwähnung, vorzugsweise aber deshalb nicht, weil der Ehebruch nur dann und zwar von Amtswegen verfolgt wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden worden ist. Jener Kuppler wird schwerlich den Scheidungsantrag stellen. Ganz entscheidend aber spricht eben für meine Ansicht

3. die Strafe der einfachen Kuppelei. Das Minimum ist sechsmonatliches Gefängniss, dasselbe Strafmass, welches bei dem Ehebruch als Maximum fungirt. Da nun der Helfer zum Ehebruch jedenfalls mit einer höheren Strafe belegt werden nicht könnte als der Thäter selbst, so würde nach Berners Ansicht der Kuppler zum Ehebruch höchst glimpflich behandelt werden. Die „Beihülfe zum Ehebruch"

ist aber das geringere, die K. das weitaus schwerere Vergehen. Folglich kann letzterer Begriff vom ersteren unmöglich absorbirt werden, oder „zurücktreten". Doch lassen wir die Frage, der geringen praktischen Erheblichkeit halber. —

Noch sonnenklarer ist die Unrichtigkeit der Bernerschen Behauptung bei dem Incest, den er ebenfalls a. a. O. der Kuppelei entziehen will. Hier ist die „Unzucht" auch im buchstäblichen Verstande doch wohl unleugbar. Die Kuppelei zum Incest erscheint als solche strafbarer, als wenn man dieselbe in blosse „Beihülfe zum Incest" verwandeln will.

Vgl. §§. 141 und 147 des G. B.

Nur hinsichtlich der Nothzucht räume ich willig ein, dass die Kuppelei zurücktreten, und vielmehr als Hülfe beziehungsweise Anstiftung („Theilnahme") zu dem schweren Verbrechen der Nothzucht behandelt werden muss. Man denkt aber vernünftigerweise an diesen Fall überall nicht, wenn man vom Kupplergewerbe redet.

Dagegen vermag ich wiederum im G. B. keinen Faden zu finden, welcher naturwidrige Unzucht unter Menschen dem Begriff der Kuppelei entziehen könnte. Der Ausdruck „Personen des einen oder anderen Geschlechts" im §. 147 ist sicherlich nicht eben glücklich gewählt. Allein man wird nicht behaupten dürfen, dass die Unzucht unter Personen gleichen Geschlechts darunter nicht zu begreifen sei, was im Sinne des §. 143 freilich auf das männliche Geschlecht beschränkt werden müsste.

Endlich führt die Selbständigkeit des Vergehens mit sich, dass Versuch oder Vollendung der beförderten Unzucht nicht gefordert werden darf, um mindestens den Versuch der K. (wo diese als „Verbrechen" erscheint) anzunehmen. Es steigt im Uebrigen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens die Strafe der K. mit der dem Kuppler bekannten grösseren Schwere und Strafbarkeit des beförderten Unzuchtvergehens (falls dasselbe überhaupt strafbar), wodurch der sog. accessorische Character des Sondervergehens seine gerechte Würdigung findet. —

II. Auf die Hehlerei leiden die allgemeinen Grundsätze der verbrecherischen Theilnahme ebensowenig Anwendung. Denn mit dem gemeinen Recht haben auch die neueren Gesetzbücher, so das Preussische im Tit. 20 des Zweiten Theils, hier einen Specialfall der Begünstigung — wie in der Kuppelei einen solchen Fall der Hülfe beziehungsweise Anstiftung — zum Sonderverbrechen (delictum speciale) herausgebildet, und dadurch eben der Betheiligung des Hehlers am sog. Hauptver-

brechen (insbesondere Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Raub) bereits vollständig Rechnung getragen.

Fraglich könnte nur erscheinen, ob die Hehlerei jegliche Begünstigung der genannten Verbrechen absorbire. Oder fassen wir die Frage anders: Kann ausserhalb des Verbrechens beziehungsweise Vergehens der Hehlerei noch eine Begünstigung des Diebstahls, der Unterschlagung u. s. f. gedacht werden? Ich stehe nicht an, die Frage zu bejahen. Da der Standpunct des gemeinen Rechts angesichts dieser Frage wie der eher gewohnheitsrechtlich als gesetzlich ausgebildeten Hehlerei überhaupt mir keineswegs klar erscheinen will, halte ich mich ausschliesslich an das Preuss. St. G. B. Derjenige, welcher eine Person, die eines Diebstahls u. s. f. sich schuldig gemacht hat, in Beziehung auf das ihm bekannte Verbrechen „um seines eignen Vortheils willen" begünstigt, soll nach §. 237 med. als Hehler bestraft werden. Das Strafminimum ist Gefängniss von Einem Monat, bei mildernden Umständen von Einer Woche. Wie nun hinsichtlich dessen, der wissentlich den Dieb etc. aber nicht um seines eigenen Vortheils willen in gleicher Weise begünstigt, namentlich nach der That Beistand geleistet hat, um den Dieb der Strafe zu entziehen, z. B. aus Mitleid, Freundschaft, Schadenfreude an der That selbst? Dieser ist nicht Hehler, verfällt aber als Begünstiger den Straffolgen des §. 37. Al. 1. Das Strafminimum ist Geldbusse oder die geringste (vierundzwanzigstündige) Gefängnissstrafe. So auch

Berner, Lehrb. §. 165. S. 346 (3. Aufl.). Not. 3.

und die dort Citirten (Oppenhoff und Temme). Nur scheint mir die Vergleichung des ursprünglichen Gesetztextes mit dem durch Ges. vom 14. April 1856 modificirten neueren Texte nicht einmal erforderlich. Schon

Beseler, Komment. S. 452 (v. J. 1851)

gelangt zu demselben Ergebniss. Nur geht dieser Schriftsteller zu weit, wenn er den allgemeinen Satz aufstellt: die Begünstigung geschieht des Thäters wegen, der Hehler handelt um seines eigenen Vortheils willen. Beide Glieder des Satzes sind unhaltbar. Einmal — was freilich Beseler damals voraussehen nicht konnte — ist im neueren Gesetztexte die Hehlerei von Sachen auch ohne die Absicht eigenen Vortheils möglich (verb. „es sei um seines eigenen Vortheils willen oder nicht"). Sodann ist der allgemeine Begriff der Begünstigung keineswegs auf die Fälle beschränkt, wo dieselbe „des Thäters wegen" geschieht, vielmehr das Motiv — ob Gewinnsucht, Mitleid, Freundschaft — hier, wie bei der Theilnahme überhaupt, zunächst ganz indifferent.

Bei diesem Verhältnisse zur Begünstigung und der Verschiedenheit, in welcher die neuere Gesetzgebung die Hehlerei an Sachen und die an Personen ausgebildet hat, wird eine kurzgefasste Definition der Hehlerei nahezu unmöglich gemacht, von den Lehrbüchern auch wohl aus diesem Grunde stillschweigend abgelehnt. Es wäre denn etwa diese: die qualificirte Begünstigung eines in gewinnsüchtiger Absicht verübten Verbrechens oder Vergehens.

Verhält aber die Hehlerei sich zum Diebstahl oder dem anderweiten Gewinnsuchtsdelict, wie die Kuppelei zur Unzucht? Die Frage ist zu verneinen. Ganz davon abgesehen, dass dort ein Fall nachfolgender, hier vorhergehender Betheiligung vorliegt, bieten sich noch andere erhebliche Unterschiede dar:

1. Der Kuppelei geht gemeiniglich voraus eine Vorverständigung, mindestens mit einem der am Hauptact Betheiligten; der Hehler aber wird durch vorgängige Zusage der Hehlerei ausserdem der Anstiftung beziehungsweise Hülfe zum Diebstahl etc. schuldig. Es bedarf nämlich kaum der Erwähnung und der Berufung auf den §. 38 des Preuss. St. G. B.

s. Beseler, Komment. S. 453,

dass ein solcher Fall als Concurrenz der Theilnahme (Hülfe, Anstiftung) am fremden Verbrechen mit dem Sondervergehen der Hehlerei aufgefasst werden muss.

2. Nicht jede Unzucht ist strafbar, wohl aber stets die vom Hehler begünstigte Hauptthat, ausgenommen in dem Falle des §. 228 des St. G. B.

3. Nahe persönliche Stellung zu den Unzuchttreibenden wirkt bei der Kuppelei qualificirend beziehungsweise straferhöhend; nicht so bei der Hehlerei. Noch mehr; für die blosse Begünstigung des Hauptthäters, soweit sie denselben lediglich der Bestrafung entziehen will, bewirkt nahe Verwandtschaft mit dem Begünstigten sogar Straffreiheit (§. 37. Al. 2). Auch für den Hehler dieser Art muss derselbe Umstand m. E. strafmindernd in Ansatz kommen.

Die einfache Hehlerei wird gleich dem Diebstahl schlechthin (§. 216), die schwere Hehlerei gleich dem schweren Diebstahl (§. 218) bestraft. Der Grund dieser Gleichstellung ist ein criminalpolitischer, der sich bekanntlich von altersher geltend gemacht hat, im germanischen (auch dem nordisch-germanischen) wie im römischen Recht.

— s. die Stellen bei Berner, Lehrb. §. 165 —

und am Deutlichsten in dem Rechtssprichwort hervortritt: ohne Hehler wäre kein Stehler,

cf. Pauli S. R. V. 3. §. 14. verb.

„sublatis enim susceptoribus grassantium cupido conquiescit“.

Ich nenne den Grund einen criminalpolitischen, denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müsste einmal der Begünstiger minder strafbar erscheinen als der Thäter, und sodann selbst bei anerkanntem Sondervergehen der Hehlerei die receptive Thätigkeit (receptores, susceptores) minder strafbar als die aggressive (aggressores).

Vgl. auch Berner a. a. O. a. E.

Dass übrigens innerhalb des für einfache wie schwere Hehlerei gesetzten Strafrahmens die Schwere des begünstigten Verbrechens, soweit dieselbe dem Hehler bekannt war, als Zumessungsgrund in Betracht kommt, und hieran auch durch jene Gliederung der Hehlerei in den §§. 237. 238. des St. G. B. nichts geändert werden sollte, bedarf bei der Natur dieses „Nebenvergehens“ keiner Beweisführung. Zwar ist die Hehlerei ein Sondervergehen, allein immerhin ein sogenanntes accessorisches, da es ein begünstigtes Hauptdelict zur Voraussetzung hat. Die Analogie des civilrechtlichen Unterschieds zwischen accessorischen Rechtsgeschäften und Accessionen (accessorischen Gegenständen) eines Rechtsgeschäfts erscheint freilich nicht allzu brauchbar. Jedenfalls wird durch die Gestaltung einer Begünstigungshandlung zum Specialdelict das Verhältniss zum Hauptverbrechen nicht in dem Masse alterirt, wie

Sander, N. Arch. des Crim. R. (1838). S. 448

anzunehmen scheint.

Die „Gewohnheitsmässigkeit“ der Hehlerei — eine sprachliche Verallgemeinerung der Gewerbmässigkeit, welche schwerlich Beifall verdient — hat das St. G. B. im §. 239 zu einem Strafschärfungsgrunde für jede Art derselben gestaltet. Es liegt in der genannten Beschaffenheit nicht etwa blos grössere isolirte Schuld des Hehlers beschlossen, sondern auch eine indirecte geistige Einwirkung auf den verbrecherischen Entschluss des Hauptthäters, somit eine Mitschuld. Der Dieb darf die sachliche und persönliche Begünstigung von Seiten eines solchen Hehlers von vornherein erwarten, mag sie immerhin speciell zugesagt nicht sein; umsomehr dann, wenn er aus eigener tröstlicher Erfahrung weiss, man werde ihn auch fernerhin nicht im Stich lassen. —

III. Die sogenannte Begünstigung ist m. E. aufzufassen als: die nachfolgende wissentliche Betheiligung an einem fremden (vollendeten oder versuchten) Verbrechen oder Vergehen, sei es durch Sicherung der Verbrechensvortheile sei es durch Abwendung (Hinderung) der Verbrechensnachtheile, nämlich der Strafverfolgung. Die rechte Grenze der Begünstigung in letzterer Richtung hebt scharf hervor

John, Entwurf etc. S. 261 ff.

Andere sagen: durch Förderung der Fortdauer der Rechtsverletzung; so

v. Buri, Theiln. S. 85 ff. (A. M. aber Hälschner. Syst. II. §. 105.)

Wenn nur die irreleitende „Rechtsverletzung" nicht wäre! Warum nicht: Fortdauer des Verbrechenserfolges? der doch sowohl in negativer wie in positiver Richtung gefördert werden kann. Noch Andere reden von „Vorschub leisten", so

Geib, Lehrb. II. §. 104 a. E.

Beseler, Komment. S. 168,

was sprachlich — denn eher erwartet man den „Nachschub" — wie begrifflich mit einer nachfolgenden Thätigkeit in Widerspuch tritt.

Am Richtigsten fasst man die Begünstigung als: eine schuldhafte Betheiligung an dem Delict eines Anderen, welche darauf abzielt, den verletzten Zustand der Rechtsordnung zu einem dauernden zu machen. Setzt somit der Begünstiger zwar nicht das Delict selbst fort, so bewirkt er doch vorsätzlich die Fortdauer der Rechtsordnungs-Läsion.

S. nunmehr auch John, Entwurf etc. S. 260 ff.

Die Begünstigung zählt zu den Begriffen, die bald mit übergrosser Vorliebe gepflegt — sagen wir begünstigt — bald stiefmütterlich behandelt, wenn nicht gar einfach ausgesetzt werden. Letzterer Behandlung musste ich bisher mich anschliessen, aber lediglich darum, weil die Begünstigung meiner Specialaufgabe ungleich ferner lag als die übrigen Arten der verbrecherischen Betheiligung. Um keinen Preis aber mögte ich an jener Aussetzung mitschuldig werden. Auch über diesen Begriff der Verbrecherconcurrenz ist das letzte Wort nicht gesprochen.

Das Preuss. St. G. B. hat die Begünstigung (§§. 37. 38) dem Titel „Von der Theilnahme" einverleibt und dadurch gezeigt dass, wenn es gleich die B. als Sondervergehen behandele und unter besondere Strafsatzungen stelle, dieses Delict dennoch zu den Einzelgestaltungen der Theilnahme im allgemeineren Verstande gehöre. Das Vergehen wird begangen dadurch, dass Jemand nach Verübung eines Delicts dem Thäter „wissentlich Beistand leistet" — ein Ausdruck, welcher die begriffliche Zusammengehörigkeit von Hülfe und B. aufrechthält — zu dem Ende,

1. entweder denselben, sei es direct oder indirect z. B. durch Tilgung der Spuren des Verbrechens (vgl. die Fassung des

Bayr. St. G. B. Art. 58. 1) und 2) und dazu

Erläuterungen von Dollmann und Risch. (1868). Abth. I. S. 345 ff.

der Bestrafung zu entziehen (persönliche B., B. der Person)
2. oder ihm die Vortheile des Delicts zu sichern (sachliche B.).
Die Strafe ist Geldbusse bis zu 200 Thlr. oder Gefängniss bis zu Einem Jahr. Straflos ist die B. unter 1. — nicht aber die sub 2. — bei leiblichen Ascendenten und Descendenten, Geschwistern und Ehegatten.

In dieser sachgemässen Bestimmung, welche der neueren Doctrin vom Sondervergehen der B. gerecht wird, fällt dreierlei auf. Erstens der „Thäter". Kann denn strafbare B. nicht ebenfalls einem Anstifter, Helfer oder einem Begünstiger geleistet werden? Entweder diese soll straflos bleiben, oder als mittelbar dem Thäter geleistet gelten, oder endlich wir stehen hier vor einem der zahlreichen Fälle, in denen das G. B. vom „Thäter" spricht, während es „Thäter und Theilnehmer" meint — s. die Uebersicht bei

John, Kritiken etc. S. 3 ff.,

der aber die §§. 37 und 38 nicht heranzieht. Hier eröffnet sich für die Gesetzauslegung ein weites Feld. Ich stehe nicht an, nach der Regel in dubio benignius für die Straflosigkeit zu entscheiden, umsomehr als der Thäter mehrfach genannt, allem Anschein nach also betont wird. — Zweitens die Worte „nach Verübung". Setzt die B. ein vollendetes Hauptdelict voraus? Keineswegs; unleugbar ist auch das versuchte Verbrechen ein verübtes, nur nicht vollendetes. Können hier etwa Vortheile der That nicht gesichert, so kann doch die Person des Delinquenten gegen Bestrafung sichergestellt werden. — Drittens: es gibt eine Begünstigung, die ihrer strafrechtlichen Bedeutung und Gefährlichkeit halber zu einem benannten Specialdelict ausgebildet worden ist, die Hehlerei. Diese musste m. E. im Interesse der Deutlichkeit durch einen Zwischensatz ausgeschieden werden. Etwa so:

„— — ist, soweit er nicht eines anderweiten Verbrechens oder Vergehens dadurch sich schuldig gemacht hat (§§. 237 ff.), als Begünstiger" etc. (s. unseren Entw. unten §. 68). —

Endlich bestimmt der §. 38, dass der Begünstiger, auch der zu den Angehörigen des Thäters (§. 37. Al. 2.) gehörende, „gleich demjenigen bestraft werden soll, welcher Hülfe leistet, wenn die Begünstigung in Folge einer vor der That genommenen Abrede gewährt worden ist."

Ich constatire zuvörderst, die Terminologie betreffend, dass — gleichwie im §. 34. 2) a. E. — nicht Beihülfe sondern „Hülfe leisten"

gesagt ist. Also entspricht es dem Gesetzbuch, wenn ich den Theilnehmer dieser Art „Helfer", seine Wirksamkeit „Hülfe" nenne. Doch zur Sache. Die mildere Strafe der B. soll cessiren, das Vergehen in „Hülfleistung" d. h. Theilnahme des §. 34. 2) sich verwandeln, die B. von dieser absorbirt werden, wenn die B. infolge Zusage vor der That gewährt worden. Ist diese Bestimmung folgerichtig, und ist sie erschöpfend? Man könnte einwenden: Hier liege ja Beides vor, geistige Hülfe vor, B. nach der That; folglich sei zu strafen wegen Hülfleistung und wegen B. (§. 34. 2) plus §. 37). Ferner: die vorgängige Zusage der B. könne auch als Anstiftung sich herausstellen; dann müsse gestraft werden nach §. 34. 1) plus §. 37. Vorhergehende geistige Einwirkung durch Anstiftung beziehungsweise Bestärkung, und deren wirksamer Inhalt, m. a. W. das Mittel jener Einwirkungen, nämlich die nachfolgende B., bestehen hier neben einander. — Allein der Gesetzgeber nimmt an, die verabredete B. sei eben nur eine Form der Hülfleistung wie jede andere, nur dass der physische Theil der Unterstützung erst nach der Thatausführung bewerkstelligt werden sollte. Und diese Auffassung ist m. E. allerdings folgerichtig. Allein erschöpfend ist sie freilich nicht. Die Anstiftung durfte, weil unleugbar möglich, im Gesetze nicht übergangen werden. Hatte einmal die „Theilnahme sub. 2)" ihren Namen gefunden: Hülfleistung — dann mogte auch die Th. unter 1) ausdrücklich genannt werden: Anstiftung. Es müsste danach so heissen:

> „— soll gleich demjenigen, welcher Hülfe leistet beziehungsweise anstiftet (§. 34. 2. und 1.) bestraft werden, wenn etc." (s. unsern Entw.)

Aus Allem folgt, dass die ungemischte Begünstigung des §. 37, obgleich ein selbständiges Theilnahmevergehen, dennoch ihren Character als Nebendelict nicht verleugnet, dass sie innerhalb ihres Strafrahmens steigt und sinkt je nach

a. der Intensität und den Motiven des Willens, und der Wirksamkeit des geleisteten „Beistandes",

b. der Schwere der begünstigten Hauptthat, soweit deren Natur und Eigenschaften dem B. bekannt waren, soweit derselbe also eben dieser That und diesem Thäter „wissentlich" Beistand geleistet hat.

So finden Schuld und Mitschuld innerhalb des Begünstigungsdelicts in selbständiger Weise ihre Würdigung. Ein concursus plurium ad idem delictum aber liegt überall nicht vor — umsoweniger denn ein

conc. necessarius —, da nach dem St. G. B. die Einheit des Delicts fehlt. —

IV. Wenn ich schliesslich des Vergehens der Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen erwähnen muss, kommt es mir nicht in den Sinn, die erschöpfenden Untersuchungen über dasselbe

(s. die Literatur bei Geib, Lehrb. II. §. 113)

oder gar über „Unterlassungsvergehen" im Allgemeinen um eine vermehren oder nur irgendwie ergänzen zu wollen. Einzig die Bestimmungen des Preuss. St. G. B., und diese lediglich im Interesse meines Vorwurfs, bedürfen der Berührung.

Der §. 39 des G. B. kennzeichnet durch die Stellung des Vergehens im Titel über die „Theilnahme" den Zusammenhang. Jede Nichtanzeige eines als bevorstehend bekannten fremden Delicts enthält an sich eine Nichthinderung desselben, könnte demnach als negative Förderung erscheinen; umsomehr dann, wenn diese Nichtanzeige dem künftigen Thäter oder Theilnehmer zugesagt war. Ob man solche scheinbare oder wirkliche Betheiligung eine (der Form nach) negative Hülfe nennen will oder nicht, darauf kommt eben nicht viel an. Die Bestimmung des angezogenen §. zeigt nun, dass

1. Die dem künftigen Verbrecher zugesagte (verheissene) Nichtanzeige in keiner Weise gemeint ist. Diese fällt vielmehr unter diejenigen Theilnahmehandlungen am bevorstehenden Verbrechen selber, denen der §. 34. 2) des St. G. B. die Worte widmet

„— oder wer in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, dem Thäter wissentlich Hülfe geleistet hat".

Hier ist nach

Berner, Grunds. §. 49.

das Stadium der thäterischen Wirksamkeit gemeint, welches „ausserhalb der Begehung liegt, aber die Begehung fördert". Wer vor der Begehung seine Nichtanzeige oder anderweite Nichthinderung des bevorstehenden Delicts dem Thäter verheisst, der bestärkt letzteren zur That, leistet also rein geistige Hülfe.

2. Dass von Solchen die Rede nicht ist, welche kraft Amts zur Anzeige beziehungsweise Verhinderung verpflichtet sind, sondern von Privatpersonen schlechthin, arg. verb. „Wer — es unterlässt" etc., und

3. nicht von bereits begangenen oder angefangenen (a. M. Oppenhoff im Komm.), sondern lediglich von bevorstehenden d. h. weder versuchten noch vollendeten Verbrechen, arg. verb. „von dem Vor-

haben — — glaubhafte Kenntniss erhält", und am Schluss des §. „wenn das Verbrechen wirklich begangen oder zu begehen versucht wird".

Nur sechs bestimmte im §. genannte Verbrechen sind Gegenstand der Anzeigepflicht, und ausser diesen noch die „das Leben von Menschen gefährdenden gemeingefährlichen", wodurch die in Theil II. Titel 27 des G. B. behandelten Verbrechen, jedoch mit der angegebenen Beschränkung (s. Beseler, Komment. S. 173) hinreichend deutlich bezeichnet sind.

Allein warum ist die Anzeigepflicht des §. 112 (Vorhaben einer Desertion) in den §. 39 nicht mitaufgenommen, sondern derselben ein specieller §. im Besonderen Theil gewidmet, während doch die Wortfassung so genau mit der des §. 39 übereinzustimmen scheint? Aus drei Gründen, meine ich, musste der Gesetzgeber so verfahren. Einmal, weil die Anzeige der bevorstehenden Desertion theils bei anderweiten Behörden, theils natürlich nicht an eine „bedrohte Person" zu geschehen hatte. Sodann, weil die Voraussetzung der Strafbarkeit hier eine beschränktere ist; die Nichtanzeige des §. 39 ist strafbar, wenn das anzuzeigende Verbrechen wirklich begangen „oder zu begehen versucht" worden — die des §. 112 aber nur dann, wenn die Desertion „wirklich begangen" wird. Endlich schien der Nichtanzeige des §. 112 eine geringere Strafe (Maximum 1 J. Gefängniss — im §. 39 dagegen 5 J.) angemessen, vermuthlich weil die nichtanzeigende Civilperson hier einem Militairverbrechen gegenübersteht.

Bestraft wird in allen Fällen der Nichtanzeiger, wenn er nach erlangter glaubhafter Kenntniss (d. h. einer solchen, welcher der Verständige Glauben zu schenken pflegt) unterlässt die Anzeige rechtzeitig zu beschaffen, aber nur unter der ferneren Voraussetzung, dass das fragliche Verbrechen demnächst mindestens die Stufe des Versuchs beschritten hat. Ob die Unterlassung in Vorsatz oder Fahrlässigkeit ihre Quelle hatte, ist für den Begriff dieses Vergehens gleichgültig, um so erheblicher für die Strafzumessung. Rücksichtlich der Fahrlässigkeit verdient Erwähnung, dass in der obengenannten Voraussetzung zugleich das Erforderniss seine Anerkennung findet, welches man für fahrlässige Delicte überhaupt aufzustellen pflegt: ein wirklich eingetretener Schade — hier der fahrlässigerweise nichtgehinderte Bruch der Rechtsordnung.

Einen Strafzumessungsgrund sieht mit Recht

Berner, Lehrb. §. 217 a. E.

in der Schwere des nichtangezeigten verbrecherischen Vorhabens. Ob in dem Sondervergehen der Nichtanzeige eine Art der negativen Hülf-

leistung — die man als scientia, deren Subject man in gewissem Sinn als conscius delicti bezeichnen könnte — zum positivrechtlichen Durchbruch gelangt, oder nur eine höchst beschränkte Staatsbürgerpflicht, zur Verhütung bevorstehender Verbrechen mitzuwirken, anerkannt sei, ob das so beschränkte Sondervergehen in einem Strafgesetzbuche der Zukunft Aufnahme finden dürfe oder etwa allganz fortfallen müsse — für Letzteres erklärt sich neuerdings

John, Entwurf etc. S. 263 ff. —

über diese Fragen kann man streiten. Nicht aber darüber: dass von einem concursus plurium ad delictum die Rede nicht ist, wo ein selbständiges Vergehen der Nichtanzeige gesetzlich ausgebildet worden, welches eben voraussetzt, dass keinerlei Einverständniss mit dem Verbrecher vorliege, dessen Vorhaben der wissende Dritte bei Vermeidung von Strafe zur Anzeige bringen soll.

§. 65.

Gruppe II: Fälschlich herangezogene Fälle, die eine Mehrheit von Verbrechern nicht voraussetzen.

Nur mit Widerstreben geschieht es, wenn ich zum Schluss diejenigen Fälle berühre, welche m. E. ohne Grund theils von der gemeinen Meinung theils von einem einzelnen Schriftsteller in den Kreis des concursus necessarius hineingezogen worden sind, während sie in der That ganz ausserhalb desselben ihre Heimath finden. Nur von factischer Verbrechermehrheit in concreto kann bei diesen Delicten die Rede sein. Zur Widerlegung fordert einzig der Umstand uns heraus, dass angesehene Criminalisten dieselben unter den Beispielen einer nothwendigen Theilnahme genannt haben, wenn gleich ohne nähere Begründung. Es sind dies Hepp, Zachariae und Temme, und deren eigene Worte oben in den §§. 7. 8. 9 (Theil I. Abschn. I) von uns angeführt.

Hepp a. a. O. nennt neben dem Aufruhr „Hochverrath und andere Verbrechen, welche möglicherweise nur durch ein gewisses übereinstimmendes Handeln (Mehrerer) ausgeführt werden können“. Zachariae fügt dem Tumult und Aufruhr hinzu „Landfriedensbruch“. Temme endlich bedient sich der Fassung „z. B. Aufruhr, Landfriedensbruch u. s. w.“ Es dürfte nun ein wenig lohnendes Unternehmen sein, wollten wir in Conjecturen uns ergehen, was der Erstgenannte bei den „anderen Verbrechen“ — ob etwa Landfriedensbruch, Landzwang, Auflauf — und

was der Drittgenannte bei dem „u. s. w." sich gedacht haben mag — ob etwa Auflauf, Landzwang, oder gar auch Hochverrath.

Die Frage ist: Mit welchem Fug konnte Hochverrath und Landfriedensbruch in den Bereich des conc. necessarius gezogen werden? Das Schicksal dieser ausdrücklich genannten Genossen werden auch deren stille Gesellschafter theilen müssen. —

I. Hochverrath. Sicherlich hiesse es einem Hepp Unrecht thun, wollte man seine Worte buchstäblich nehmen. Natürlich fiel ihm nicht ein, im Widerspruch mit gemeinem wie particulärem Recht zu behaupten, der H. an sich sei ein Mehrheitsverbrechen. Nur an das sog. Hochverraths-Komplott konnte er denken. Und dies erhellt aus seinem Zusatze, dass hier der Begriff des Komplotts unzweifelhaft Anwendung finde.

Nach gemeinem Recht aber bilden die zum Hochverrath verschworenen (vorverständigten) Personen lediglich eine factische Mehrheit, keine begriffsmässige, da H. anerkanntermassen von einem einzelnen Individuum begangen werden kann. Dagegen haben neuere Gesetzgebungen die blosse Verabredung über Ausführung des H. zu dem Specialdelict gestaltet, welches oben (§. 63. D.) seine Stellung und Würdigung gefunden, den Begriff des H. selbst aber in keiner Weise berührt hat. —

II. Landfriedensbruch. Mit Zachariae und Temme behauptet die gemeine — ich darf sagen, die heute alleinherrschende — Meinung der Doctrin:

> es gehöre zu den Merkmalen dieses Verbrechensbegriffs eine Mehrheit von Friedbrechern, m. a. W. es sei der Landfriedensbruch ein Mehrheitsverbrechen.

Ist diese Behauptung gerechtfertigt, dann stellt das Delict sich neben Aufruhr und Auflauf, dann habe ich einer Versäumniss mich schuldig gemacht. Ich musste dasselbe oben im §. 63 etwa als lit. F. den übrigen „Mehrheitsverbrechen mit einseitigem Zusammenwirken" anreihen. Von diesem systematischen Onus konnte auch die Ausrede nicht befreien, es sei der L. in der gemeinrechtlichen Bedeutung zum grösseren Theil ein antiquirter Begriff, mit Hinterlassung verwandelter Ueberreste im heutigen Strafrecht. Wir mussten vielmehr Grundbegriffe und Grundsätze der Theilnahme auf den L. in ganz gleicher Weise anwendbar erklären, wie auf den Aufruhr. Es konnte demnach unsrer Theorie keinerlei Gefahr drohen, so zu verfahren. Ja es fand sich dann erwünschter Anlass zur Erörterung derjenigen Specialvergehen beziehungsweise Uebertretungen, in welchen gleichwie in modernisirten

Gefässen noch der alte Stoff theils des Landfriedensbruchs theils des Landzwangs ganz oder theilweise dem heutigen Recht überliefert sei.

Vgl. das Preuss. St. G. B. §§. 214. 284. 346. 1) beziehungsweise §§. 212. 213.

Allein ich war nicht in der Lage, auf dieser ebenen und für meine Theorie höchst bequemen Bahn der alleinherrschenden Meinung zu folgen.

Die Behauptung, wonach der L. ein Mehrheitsvergehen sein, somit einen Fall des conc. necessarius enthalten würde — diese Behauptung steht m. E. auf überaus schwachen Füssen. Man bemerkt auch leicht, wie u. A.

Heffter, Lehrb. §. 346. Not. 5.

nur zögernd der communis opinio beipflichtet. Es mogte die Gewissensfrage ihn beunruhigen, ob etwa ein Berlichingen allein nicht sollte fähig gewesen sein, mit eiserner Faust den Landfrieden zu brechen! Seitdem ruht der Zauber ungetrübter Einigkeit über der Doctrin.

Vgl. u. A. Feuerbach, Lehrb. §. 407. und Osenbrüggen, Comment. Not. a.

Wilda im Rechtslex. VI. S. 264 ff.

Bauer, Lehrb. §. 287. Berner, Lehrb. §. 201.

Immer und überall dieselbe Berufung auf den R. Absch. von 1594. §§. 68. 69, auf die „Mannschaft" der Landfrieden, immer und überall dieselben Citate aus Carpzov und Boehmer. Wilda a. a. O. zieht sogar Heimsuchung und Heerwerk als Hülfscorps heran. —

Angesichts dieser Opinion verdient nun Beachtung, dass die Landfrieden seit dem 15. Jahrhundert zwar gelegentlich von „Mannschaft" reden, dabei aber offensichtlich nur den damals gewöhnlichen Fall eines förmlichen Privatkrieges im Auge haben, dagegen begriffsmässige Wesentlichkeit der bewaffneten Menge so wenig voraussetzen oder gar festsetzen wollen, dass sie abwechselnd damit und oft sogar einzig und allein in der Einheit sprechen. Letzteres findet Statt im

Landfr. der Sechs Kurfürsten v. 1438. §. 8.

Landfr. v. 1495. §§. 1—3. („der Friedprecher" etc.),

Ersteres — abwechselnde Erwähnung einer Einheit und Vielheit — im

Landfr. v. 1548. Einl. §. 1. III. §. 1. verb.

„wer der oder die wären" — „der Friedbrecher" — „die Thäter und Friedbrecher" u. s. f.,

weshalb auch Wilda a. a. O. S. 265 diesen Stützen nicht allzugrosse Stärke beimisst.

Ich habe, meiner entgegengesetzten Ueberzeugung misstrauend, die zahlreichen älteren Landfrieden in deren verschiedenen lateinischen wie deutschen Texten einer genauen Revision unterzogen, um für die Verbrechermehrheit irgendwelchen Anhalt aufzuspüren, und zwar nicht blos die von

Wächter, N. Arch. des Crim. R. XII. (1832). S. 351 ff.

angezogenen Reichsabschiede und Landfrieden vom J. 1187 an, sondern auch die übrigen. Mein Bemühen ist allganz erfolglos geblieben. Ueberall wird vom Landfriedensbrecher unter den verschiedensten Bezeichnungen aber durchgehend in der Einheit geredet, u. A. constant in den

Constitt. pacis Heinrici regis et Frider. II. v. 1230. 1234 und 1235.

Und nun gar der erwähnte Reichsabsch. von 1594. §§. 68 und 69. Im erstgenannten Paragraphen heisst es:

„wenn einer — — einem offentlichen Landtfriedtbrecher nit nacheylen wil, oder demselben heimlich rath oder fürschub thut" — „in andern fällen aber, da der Landtfriedt mit offentlichem gewalt, vnd gewapneter handt violirt vnd gebrochen wirdt."

Der §. 69 stellt zuvörderst ausdrücklich als concrete Frage dem richterlichen Ermessen anheim, wieviele Personen „den Landtfrieden zu schwächen" vermögen, fügt aber dann — gleichwie um jedem Missverständniss vorzubeugen — sofort hinzu:

„— da sich aber ein solcher fall begebe, wann nur eine eintzige Person — dergleichen mishandlung thete".

Erwägt man nun, wie die Bamberg. Art. 154. und die P. G. O. Art. 129. übereinstimmend zwar in der Ueberschrift reden von

„Straff der jhenen, so die leut bösslich bevheden",

dann aber im Texte lediglich Einen Friedbrecher im Auge haben, arg. verb.

„Item welcher jemandt wider recht vnnd billicheyt mutwilliglich bevhedet, den richtet man" u. s. f.,

dann zerfliesst das angebliche Erforderniss einer Mehrheit allganz in Nebel.

Und obendrein die Berufung auf Carpzov und Boehmer. Ersterer scheint zwar an der allerorten citirten Stelle

Pract. nov. I. Qu. 35. nr. 17 sqq.

eine Mehrheit von Theilnehmern zu fordern, die erforderliche Anzahl aber in das richterliche Ermessen zu stellen, wobei er in nr. 18 den

R. A. von 1594. l. l. anzieht, fügt aber — was wunderlicherweise meist übersehen wird — hinzu unter nr. 19:

> Nam et duo, imo unus publicam pacem violare potest, unde etiam ad Cameram et poenam banni vocandus, modo sit immediate sub imperio.

Freilich erklärt

> Boehmer, Observ. III. ad Carpzov. Qu. 35.

die Begehung durch Einen wenngleich bewaffneten Mann für kaum genügend: „Coadunatio hominum — verbis legum non continetur, bene tamen vi et effectu probatur — — vix sufficit, si ab uno, armis etiam lethiferis, illata" etc., da bereits unsre Vorfahren „diffidationes cum sociis inferre solebant". Es ist und war also doch nur das Gewöhnliche, dass eine Mehrheit am Landfriedensbruch betheiligt erscheint. Aber sagt nicht kaum zwei Decennien später derselbe Boehmer

> Meditt. in. C. C. C. ad art. 129. §. IV. med.

geradezu: es sei nicht ohne Zweifel (non omni dubio caret), ob Gaill u. A. Recht haben, wenn diese „hunc reatum non agnoscunt, si unus uni — — vim facit"?

So Boehmer wie Carpzov versagt also der heute herrschenden Meinung den beanspruchten Beistand. Aber mehr noch. Auch

> Kress, Comment. succ. in C. C. C. ad art. 129. §. 2.

nimmt keinerlei Anstoss an dem Einen diffidator des Artikels, sondern untersucht vielmehr nur ob „diffidatio possit fieri tam uni homini (P. G. O. l. l. „welcher jemandt bevhedet") quam universitati". Er räumt dies ein, vermischt aber eben in seinem Zweifel wie in der gesammten Erörterung auf unzulässige Weise den Landzwang (P. G. O. Art. 128) mit dem Landfriedensbruch. —

Quellen und Literatur des gemeinen Rechts sind nach Vorstehendem nicht dazu angethan, der heutigen communis opinio eine haltbare Stütze zu gewähren. Endlich habe ich aber in den mir bekannten particulären Landfriedensedicten nur das Gegentheil bestätigt gefunden. Hier mag es genügen auf die Bestimmungen über L. zu verweisen, welche ich für das Recht der Elbherzogthümer zusammengestellt habe

> Schütze, Samml. der Schlesw. Strafgesetze. Kopenh. 1856. pag. 282 ff.

So redet schon das

> Mandat Regis Christiani I, dass einer den andern nicht vergewaltigen soll, d. d. Schloss Rendesburg. d. 13. Julii 1480.

ausschliesslich von Einer Person, arg. verb.

§. 1. „— dass niemand — bey Leib und Guth soll einigen Unserer Unterthanen bewaltigen, verunrechten, in Schlosser oder Block setzen, besondern — einen jedern bey Landrechte lassen, und darüber weder engen noch drengen“.

§. 3. „Wir gebieten auch bey Leib und Guth, dass kein Rittermässiger oder Edelmann, Gütermann dieser Unserer Lande, einer wider den andern — — soll veiden, beschädigen, veiden oder beschädigen lassen“ etc.

Ferner heisst es ein Jahrhundert später wiederum im

Edict Christiani IV, dass Niemand dem Landfrieden zuwider vergewaltiget werden solle, d. d. 24. September 1590.

„Würde hierüber einer oder mehr sich etwas widerrechtliches und eigenthätliches — unterfangen, den und dieselben sind Wir entschlossen — — mit ernster, unnachlässiger hohester Strafe also zu verfolgen, wie sich desfalls vermöge der Rechte des hochverpoenten Landfriedens — zu thun gebühret“ etc.

Ich vermag diesem Allen nach in dem Landfriedensbruch des gemeinen wie particulären Strafrechts ebensowenig ein Mehrheitsverbrechen zu erkennen, wie im Landzwang und im Hochverrath, für welche Delicte die gemeine Meinung jene Behauptung nicht aufstellt. Die Mehrheit der Mitschuldigen ist demnach in jedem dieser drei Fälle eine lediglich concrete oder factische, nicht begriffsmässige. Liegt aber ein conc. necessarius nicht vor, so stösst schon nach der herrschenden Lehre die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Verbrecherconcurrenz hier auf keinerlei Hinderniss. —

Schlusserörterungen.

§. 66.

Widerlegung möglicher Einwendungen.

Unsre Theorie, der herrschenden Lehre geradezu widersprechend, wirft dieser den Handschuh hin. Wer einer überlegenen Macht den Krieg erklärt, thut wohl daran, etwa bedrohte Puncte des eigenen Gebiets im Vorwege zu befestigen. Die Befestigung meiner Position,

dass die Begriffe und Grundsätze des concursus plurium ad delictum — soweit dieselben als überall begründete, dem positiven Recht gemässe sich herausgestellt haben — auf die

begriffsmässige Verbrechermehrheit (sog. conc. necessarius) volle ungeschmälerte Anwendung leiden,

wurde im vorstehenden Dritten Abschnitt bewirkt theils durch Aufstellung der wehrhaften Besatzung hinter festen Wällen (Abtheilung I) theils durch Hinausweisung von fremden nichtwehrhaften Elementen, welche die Vertheidigung des festen Platzes nur behindern konnten (Abth. II). Zu dessen vollkommener Sicherung aber mögen annoch an Puncten, von woher ein Angriff unternommen werden könnte, gleichsam Vorwerke vorgeschoben werden, und darin die Befestigung selbst ihren Abschluss finden.

Den zu erwartenden Einreden der communis opinio gegenüber anticipire ich daher die replicarische Erklärung schon in der Klagschrift.

I. Zuvörderst könnte man einwenden — obgleich ein Einwand in dieser Form m. W. bisher nicht aufgetreten —:

> Es sei unzulässig, die Grundsätze des conc. plurium, Mitthäterschaft und Anstiftung insbesondere, hier anzuwenden; denn die gesetzliche (begriffsmässige) Nothwendigkeit einer Mehrheit von Verbrechern schliesse eben die Berücksichtigung verschiedener Mitschuld und verschiedener Thatantheile aus.

Ich erwidere: Ebensowenig diese, wie die zufällige oder factische Nothwendigkeit (rectius: Erforderlichkeit) einer Mehrheit von Delinquenten.

Gesetz und Natur der Sache sagen nur: dieses, jenes einzelne Delict kann begrifflich ohne Zusammenwirken einer Mehrheit von Mitthätern oder von Thätern und betheiligten Nichtthätern überall begangen nicht werden. Wenn es nun begangen wird, dann trifft jeden Betheiligten die verdiente Zurechnung und Strafe nach gewöhnlichen Grundsätzen, also je nachdem seine Thätigkeit, Schuld und Mitschuld am verbrecherischen Acte eine grössere oder geringere war. Die Betheiligung jedes Mitschuldigen ist ja hier wie sonst eine selbstbestimmte, also vollkommen freiwillige. Freilich mag in concreto der einzelne Mitthäter d. h. den Thatact Mitvollziehende, allganz straflos bleiben, weil derselbe z. B. bei Ehebruch, Doppelehe, Blutschande in Unwissenheit über die bestehende Ehe beziehungsweise Verwandtschaft versirte, oder den Thatumständen nach in der einen oder anderen Richtung das geringere Strafmass verschuldet haben. Dies aber verhält sich genau ebenso in Fällen der factischen Verbrechermehrheit.

Kaum glaublich klingt es — allein es scheint wirklich der selbstgebildete Ausdruck „facultativ" als Gegensatz des „nothwendig" von seinen Erzeugern selbst hin und wieder missverstanden zu sein. Bedeuten soll jener Ausdruck blos das Negative: nicht begrifflich noth-

wendig, nicht begriffsmässig. Nun legt man unbewusst hinein: auf Willkür, auf Belieben beruhend. Als ob dort das Gesetz zum Duell, Ehebruch nöthigte (nothwendig = obligatorisch!), hier der gemeinsame Diebstahl etwas Freiwilliges, vom Gesetz nicht Erzwungenes wäre! Das Eine ist ebenso freiwillig oder willkürlich wie das Andere, weil ein Product der freien Willensbestimmung.

Ich frage ferner, ob nicht folgende Argumentation wider jegliche Logik verstossen würde: Wenn dem Begriff nach Einer das Delict hätte begehen können und nun Mehrere es zusammenbegehen, dann trifft Jeden die Zurechnung und Strafe nach dem Masse seiner That, Schuld und Mitschuld; wenn aber dem Begriff nach nur eine Mehrheit es begehen kann, und nun Mehrere es wirklich zusammenbegehen, dann trifft Jeden gleiche Zurechnung und Strafe, also nicht nach dem Masse seiner That, Schuld und Mitschuld! Der Unterschied beider Fälle liegt ja einzig in der begrifflichen Möglichkeit. Steht aber die Wirklichkeit des Verbrechens da, dann ist jene Möglichkeitsfrage überall nicht mehr vorhanden, weil praktisch gelöst. Dies zeigt sich unter Anderem eben darin, dass, wenn der eine „nothwendig" Betheiligte straflos bleiben muss, weil er zwar den Thatact, nicht aber das Verbrechen als solches mitbegangen hat, dennoch der andere Betheiligte des letzteren (z. B. des Ehebruchs) schuldig sein kann. Jene begriffliche Möglichkeitsfrage bezieht sich demgemäss, wie oben gezeigt wurde (§§. 53. 54), lediglich auf die Mitwirkung zum Thatacte, zu der thatsächlichen Voraussetzung des Delicts, nicht auf das verbrecherische Mitwissen und Mitwollen einer Mehrheit von Subjecten. So setzt der Ehebruch zwar voraus

1. den ausserehelichen Beischlaf unter Subjecten verschiedenen Geschlechts, von denen mindestens das eine Ehegatte ist,
2. dass mindestens einer der Concumbenten vom Bestehen der Ehe Kenntniss habe,

nicht aber das Wissen Beider von dem Ehebande, welches den Einen gebunden hält, nicht Zurechnung zum Verbrechen und Strafbarkeit für beide am Thatact Betheiligten.

Noch mehr. Die gegenseitigen obligatorischen Rechtsverhältnisse des Privatrechts setzen zu ihrer Entstehung begrifflich eine Mehrheit von Contrahenten voraus, deren jeder zugleich Schuldner und Gläubiger wird — ja jeder Vertrag, mag derselbe ein einseitiges oder gegenseitiges Obligationsverhältniss hervorrufen, erfordert begrifflich eine Mehrheit von Disponenten — die Correalobligation sogar eine mindestens einseitige Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern. Wie aber würde

die Behauptung sich ausnehmen: es fänden in dem einen oder anderen dieser Fälle oder gar in allen diesen Fällen — wegen der begriffsmässigen Mehrheit der Subjecte — die allgemeinen Grundbegriffe und Grundsätze des Obligationenrechts keine Anwendung!

II. Sodann könnte der Einwand so lauten — und dieser ist bereits erhoben worden, wir dürfen es leider nicht leugnen,

s. die Citate Theil I. Abschn. I, insbesondere §§. 6 und 8 —

Es ist überflüssig, nicht erforderlich, die Grundsätze des conc. plur. ad delictum auf die begriffsmässige Verbrechermehrheit anzuwenden; denn das Strafgesetz selber hat ja hier bereits eben durch Aufstellung des Mehrheits-Erfordernisses auf die Mehrheit der Verbrecher Rücksicht genommen, nicht dagegen bei dem conc. facultativus. Man braucht daher dort nicht noch ausserdem die That dem Einzelnen als einem Theilnehmer dieser oder jener Art zum Verbrechen und zur Strafe zuzurechnen.

Ich frage einfach, im Uebrigen auf die Ausführungen in §§. 12 und 15 dieser Schrift verweisend: Diese vorgängige Berücksichtigung, wo ist sie denn in der Strafsatzung bereits geschehen? Wäre jene Argumentation irgend haltbar, dann in der That dürfte man auch für die Fälle des sog. conc. facultativus so weiter folgern: Das Gesetz belegt den Thäter, den Anstifter, den Helfer mit dieser Strafe; wie kann man dann innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens für jeden Mitthäter, Anstifter, Helfer noch ausserdem die Mitschuld berücksichtigen, die Strafe danach zumessen, ob ein Thäter den Mitthäter oder Helfer, oder ob letzterer ersteren angestiftet beziehungsweise bestärkt, oder mit einem Mitverbrecher sich vorverständigt hat u. s. f.? Nach dergleichen Umständen darf man das Strafmass in concreto überall nicht bestimmen. Niemand wird von uns weitere Widerlegung einer Deduction erwarten, die in ihren Consequenzen sich selbst widerlegt.

Das Strafgesetz hat eben nur, an die thatsächliche Beschaffenheit des einzelnen Verbrechens sich anschliessend, die Mehrheit am Thatact betheiligter Subjecte für begriffsmässig erforderlich erklärt, und für jeden der Mitverbrecher die Strafe so und nicht anders festgesetzt, wie bei anderen (Nichtmehrheits-) Delicten die des Einen erforderlichen Thäters, und der übrigen etwa verbrecherisch sich betheiligenden Subjecte.

§. 67.

John: Entwurf mit Motiven zu einem St. G. B. für den Norddeutschen Bund. Th. I. Tit. 3.

Wenn Einer berufen schien dem Norddeutschland der Neuzeit und Zukunft einen Entwurf zum Strafgesetzbuche vorzulegen, dann war es der Criminalist, welcher bereits vor einem Decennium, gleichsam in Vorahnung kommender Ereignisse, das Norddeutsche Strafrecht der Rechtsbücherperiode zuerst und mit nachhaltigem Erfolge der Vergessenheit entrissen, sodann in seinen „Kritiken“ die Gebrechen der neueren Praxis und Gesetzgebung aufgedeckt hatte.

Nunmehr liegt das Werk Johns vor, für uns eben noch zeitig genug, um am Schluss und vom Standpunct gegenwärtiger Schrift einer kurzen Beleuchtung unterzogen zu werden, soweit es (Erster Theil, Dritter Titel) die „Theilnahme am Verbrechen“ betrifft. Von den Fällen des concursus necessarius freilich ist weder im Entwurfe noch in den Motiven die Rede.

John hat die Bezeichnung „Theilnahme“ beibehalten. Wie ich darüber denke, mag unten im §. 68 wiederum hervortreten. Schon hier aber muss ich meinem Bedauern darüber Worte leihen, dass die Doppelsinnigkeit der „Theilnahme“ und somit ein logischer wie legislatorischer Fehler aus dem Preuss. St. G. B. in den Entwurf herübergenommen worden ist. In der Titelüberschrift umfasst hier wie dort Th.: alle am Verbrechen schuldhaft Betheiligten mit alleiniger Ausnahme des Thäters, einschliesslich also der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen (Entw. §. 30) und der Begünstigung (das. §§. 31. 32). Ganz anders im Text des Titels. Hier heisst Theilnehmer (Th. im engeren Sinn also) nur der Anstifter und der Helfer (das. §§. 27—29), mit Ausschluss also des öffentlichen Aufforderers und des Begünstigers. Ist letzterer aber ein Theilnehmer, wie ja die Titelüberschrift ergibt, dann muss derselbe unter die Begriffsbestimmung des §. 27 fallen; er fällt aber nicht unter den §. 27. — Mindestens musste, bei solcher Doppelsinnigkeit der „Theilnahme“, im genannten §. gesagt sein: „Als Theilnehmer im engeren (eigentlichen) Verstande wird bestraft“ etc. Der sprachlichen Ausstellung, dass es in Einklang mit der Ueberschrift im §. 27 statt „Theilnehmer eines Verbrechens“ heissen musste: „Th. an einem Verbrechen“, will ich kein Gewicht beilegen.

Ehe ich aber zum Texte des Titels mich wende, kann ich (zu den Motiven S. 234) Nachstehendem nur beipflichten:

a. Dass der Thäter-Begriff einer Bestimmung im Gesetze nicht bedarf, und ebenso wenig die Mitthäterschaft. Beiläufig vermag ich unter Hinweis auf meine Ausführungen in der Einleitung §. 2 ad v. „Thatbestand" die Bemerkung nicht zu unterdrücken, dass die herrschende Doctrin, wie sie von „Thatbestand der Beihülfe" redet, auch einen — Thatbestand der Thäterschaft nicht zurückweisen darf. John spricht hier wie dort von „Begriff", von „Thatbestand" nur bei dem Verbrechen selbst.

b. Dass der Entwurf (s. Mot. S. 234—241) das Komplott, die Bande, die zufällige „Miturheberschaft" (warum nicht: Mitthäterschaft?) von sich weist, auch für das, was ich „verbrecherische Vorverständigung" beziehungsweise „gewerbmässige Betheiligung" nenne, eine allgemeine Strafschärfung widerrathen wird.

Dagegen vermag ich nicht einzusehen, warum als Strafzumessungsgrund die letztgenannten Formen der verbrecherischen Betheiligung nicht dürfen hervorgehoben werden. Die Gründe Johns S. 237. 239 treffen m. E. nur zu für jene Strafschärfung, nicht für den Straferhöhungsgrund, welchen er einräumt verb. „Der Umstand, dass — — — vorher komplottirt war, hat seine volle Bedeutung für die Strafzumessung", dennoch aber nicht erwähnt sehen will. Mein Entwurf, welcher jene Straferhöhungsgründe ausdrücklich hervorhebt

s. im §. 68 dessen §. 2. Al. 3,

stützt sich dagegen auf Folgendes. Die Bestimmung ist 1. wünschenswerth, wenn nicht geboten, zur Entfernung der grundfalschen Komplott- und Banden-Theorie, die noch immer in den Köpfen der Praxis, Doctrin, ja auch der Einzelgesetzgebung ihren verderblichen Spuck treibt; 2. von hervorragender Bedeutung eben für die Lehre der Verbrechermehrheit, und in untrennbarem Zusammenhange mit diesem Begriffe selber; 3. statthaft, weil ein allgemeiner Straferhöhungsgrund. Mindestens die Vorverständigung unter den Mitschuldigen ist bei allen dolosen Delicten möglich. Ebenso aber auch die Gewerbmässigkeit der Betheiligung und Verständigung, wo nicht durch die Natur des Einzeldelicts ein „Gewerbe" von selbst ausgeschlossen wird. —

Doch zum Entwurfe selber. John zeigt sich an mehr als einer Stelle (S. 16. 17. 253 etc.) als entschiedener Gegner der französischen Principien, von dem Wunsche beseelt (S. 17 cit.) „das Preuss. St. G. B. im Interesse der deutschrechtlichen Prinzipien zu reformiren, den fremden französischen Blutstropfen aus dem Preussischen Rechtsleben zu entfernen" etc. An mehr als einer Stelle wird dargelegt, wie dieselben Zwiespalt und Widerspruch in Gesetz und Gesetzanwendung hinein-

tragen. Warum dann im §. 27 seines Entwurfs dennoch die dem code penal. art. 60 entnommene Casuistik, um den Begriff des „Theilnehmers" (Anstifters und Gehülfen) zu bezeichnen? Mehr noch. John selbst verräth S. 242 nur allzudeutlich den Wunsch, jene Casuistik aufgeben zu dürfen. „Lediglich eine praktische Erwägung" hat ihn bestimmt, „von der er beinahe wünschen möchte, dass sie von Praktikern nicht so bedeutsam gehalten würde, als sie ihm erschienen ist". Die Begriffsbestimmung der Anstiftung und Hülfleistung hält John für ebenso entbehrlich wie die des Versuchs (S. 215). Was aber wird dann durch die französirende „Exemplificirung" gewonnen? Zuvörderst kein fester Anhalt; denn die casuistische Beschreibung der Anstiftung und „Beihülfe" ist nicht erschöpfend, was u. A. nur zu deutlich der Zusatz „oder durch andere Mittel" — diese clausula generalis, wie John selbst sie kennzeichnet — zur Schau trägt. Sodann wird gefördert die falsche Meinung, es müsse jedenfalls die eine oder andere jener im Entwurf (und im Preuss. St. G. B.) aufgeführten Erscheinungsformen der Anstiftung beziehungsweise Hülfe in concreto thatsächlich festgestellt werden, wo Jemand der Anstiftung oder Hülfe schuldig erklärt werden solle. Die „Vorsichtsmassregel" Johns dürfte somit eine — Falle werden! War jene „praktische Erwägung": es sei wünschenswerth, in jedem Falle feststellen zu lassen, nicht blos *dass*, sondern auch *wie* die Anstiftung bewirkt und *wodurch* die Hülfe geleistet sei — war diese ihm selbst unbequeme Erwägung wirklich der „alleinige Grund für die Reproduction des §. 34 im Preuss. St. G. B.", dann mögte ich dem Verfasser dessen eigene Worte auf S. 215 entgegenhalten: „statt des wissenschaftlichen Princips gibt man mir Casuistik". Ich sehe somit nicht ein, warum der §. 27 des Entwurfs nicht kurz so lauten konnte:

> Als Theilnehmer an einem Verbrechen werden bestraft die Anstifter und Gehülfen des Thäters. Oder so: — — solche Personen, welche den Thäter zur That angestiftet, oder demselben zur That wissentlich Hülfe geleistet haben. —

Der Strafbarkeit des *Anstifters* widmet John im Entwurf einen besonderen höchst kurzgefassten §. (28):

> „Der Anstifter (§. 27. Nr. 1) wird ebenso bestraft, als ob er das in Folge seiner Anstiftung begangene Verbrechen selbst begangen hätte".

Hierin werde „der Satz durchgeführt: der Anstifter ist ceteris paribus ebenso strafbar wie der Thäter" (Mot. S. 243). Auf das Nachdrücklichste verwahrt John sich S. 245 ff. gegen den Einwurf, es enthalte sein §. 28 eine *Fiction*. Die Verwahrung gipfelt in den Schluss-

worten: „Es ist hieraus zu ersehen, dass es möglich ist auf Grund der vorgeschlagenen Gesetzesformel die Strafbarkeit des Anstifters zu bestimmen, ohne dabei irgend etwas zu fingiren". Man soll sich vorstellen, der Anstifter hätte das vom Thäter wirklich begangene Verbrechen selbst begangen, aber ohne die thäterische Ausführungsart; die aus dieser sich ergebenden Strafzumessungsgründe sollen nämlich unberücksichtigt bleiben (Mot. S. 246). Ich vermag mit dem besten Willen darin die von John abgelehnte Fiction nicht zu verkennen. Der Verfasser räumt selbst ein, es liege in seiner Formel „die Anforderung, eine Feststellung über etwas vorzunehmen, was nicht geschehen ist", sucht dies indessen dadurch zu beseitigen: man habe ja das thäterische Verbrechen; man habe auch im Anstifter eine Person, auf welche dasselbe zurückgeführt werden soll so als ob dieser der Thäter gewesen wäre; man habe dagegen nicht die concrete Ausführungsart, welche der Anstifter etwa würde gewählt haben. Man brauche sich also nur zu denken, man hätte einen Thäter, von dem aufgeklärt wäre, dass er Thäter sei, nicht aber, wie er das Verbrechen ausgeführt habe u. s. f. Also der Anstifter hat das vorliegende Delict nicht begangen, allein man soll sich vorstellen, er hätte eben dieses thäterische Verbrechen verübt, indess ohne die Ausführungsart des Thäters; folglich ohne irgend welche Ausführungsart. Freilich, nicht das abstracte begriffliche Verbrechen, sondern das in concreto nicht von ihm vielmehr vom Thäter begangene soll den Anhalt bieten; dieses aber abgesehen von der concreten Begehungsweise. — Gesetzt einmal, solche Gedankenoperation — wir wollen es bereitwillig so nennen, und nicht: Fiction — gesetzt sie wäre praktisch möglich, ausführbar, dann wäre sie m. E. jedenfalls unstatthaft, denn: 1. der Begriff des Anstifters ergibt ohne Weiteres, dass derselbe das vorliegende Verbrechen weder begangen hat noch begehen wollte. Keines Menschen Geist ist im Stande und — befugt, darüber ein Urtheil sich zu bilden, ob der Anstifter das in Frage stehende Delict jemals selbst würde begangen haben. 2. John straft den Anstifter für das, was er nicht begangen hat, und nicht begehen wollte, was überall gar nicht geschehen ist. Die Frage: Was ist geschehen? eine Frage, die John selbst anderswo (S. 217) so stark betont — hier wenn irgendwo war sie eben ganz an ihrer Stelle, mehr noch als bei dem Versuche, wo doch wenigstens der Selbstbegehungswille constatirt ist. Diese Frage wenn irgendeine musste den Verfasser selbst zwingen, seine Gedankenoperation aufzugeben. 3. Das concrete thäterische Verbrechen ist es, und zwar mit der vom Anstifter beabsichtigten Ausführungsart, welche der Thäter sich ange-

eignet und in Vollzug gesetzt hat — natürlich müssen wir hier absehen vom etwaigen Excess des Thäters —, dieses thäterische Verbrechen ist es, an welchem der Anstifter lediglich schuldhaft betheiligt genannt werden muss, aber als Nichtthäter (s. meine Ausführungen oben im Zweiten Abschn. des Zweiten Theils §§. 41 ff.). 4. Es hat fast den Anschein, als ob John (Mot. S. 246 unten) die dem Anstifter bekannten mit dem Verbrechen connexen Qualitäten des Thäters für die Strafzumessung des Anstifters überall nicht in Betracht ziehen wollte, was doch schwerlich so gemeint sein kann, da John den Anstifter keineswegs isoliren, vom Thäter und der angestifteten That lostrennen will. 5. Wie soll man das a. a. O. vorgeschlagene „arithmetische Mittel der für das begangene Verbrechen angedrohten Strafe" sich denken? Ich gestehe, dass ich diesen Vorschlag zu verstehen geschweige denn auszuführen nicht vermag. Soll es heissen: das „arithmetische Ergebniss" der Strafzumessungsgründe, aus welchen die Schuld des Anstifters in concreto sich bestimmt? Dann aber brauche ich kein „Mittel".—

Für die Bestrafung des „Gehülfen" werden im §. 29 des Entwurfs besondere Vorschriften als massgebend aufgestellt, mit der Bestimmung das Princip (Mot. S. 243) durchzuführen: „Der Gehülfe ist ceteris paribus nicht so strafbar wie der Thäter." Dabei soll „ein Herabgehen unter das Minimum der für den Thäter bestimmten Strafe zwar zulässig sein, aber keineswegs — nothwendig für alle Fälle" (Mot. S. 254). Ich stehe nicht an, diesen Grundsätzen vollständig beizutreten. Dagegen vermag ich die Polemik des Verfassers (Mot. S. 250 ff.) wider die Formel des Preuss. St. G. B., wonach das auf den Thäter anwendbare „Strafgesetz" auch auf den Gehülfen (Theilnehmer dieser Art) Anwendung finden, und nichtsdestoweniger eine gewisse species der Beihülfe (die nichtwesentliche) milder strafbar sein soll, nicht in allen Stücken als berechtigt anzuerkennen. Freilich, wenn das Jammerbild der „wesentlichen und unwesentlichen Theilnahme" (s. oben unsern §. 50) des Todesstosses noch bedurfte, dann hat es ihn nunmehr erhalten. Auch damit stimme ich überein, dass jener Bestimmung des Preuss. St. G. B. eine „Korrektur des fehlerhaften französischen Satzes" zum Grunde lag, „dass der Gehülfe ebenso zu bestrafen sei wie der Thäter", und zwar eine unhaltbare Korrektur. Allein, wenn man von Quelle und Motiven der preussischen Gesetzstelle einmal absieht — ist es denn an sich unlogisch und unjuristisch so zu formuliren:

> das auf den Thäter anwendbare Strafgesetz findet auch auf den Helfer Anwendung, aber mit der Modification, dass die

Strafe jenes Gesetzes für den Helfer nach richterlichem Ermessen bis auf die Hälfte des niedrigsten im Gesetz bestimmten Masses herabgesetzt werden kann?

Man beachte wohl, dass der Code pénal. art. 59. ganz anders sich ausspricht:

Les complices d'un crime — — seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime etc.

Das heisst mehr als: d'après la même loi penale, oder Aehnliches. Freilich, wollte man dem Satze: den Helfer trifft dieselbe Strafe wie den Thäter, den anderen hinzufügen: aber man kann ihn auch mit milderer (also mit nichtderselben) Strafe belegen — dann läge ein Widerspruch vor. Allein ganz anders lautet der Satz: das auf den Thäter anwendbare Strafgesetz findet auch auf den Helfer Anwendung. Darin liegt nämlich an sich nichts weiter als dieses:

1. Nach dem Thäter bestimmt sich das Verbrechen, auch für den Helfer.

2. Der für den Thäter aufgestellte Strafrahmen ist auch für die Bestrafung des Helfers massgebend; dessen Strafmass aber ist innerhalb dieses Strafrahmens stets eine geringere, soweit nicht dem Thäter in concreto eben das Minimum zugemessen wird. — Wo wäre hier von principiell gleicher Strafe des Thäters und des Helfers die Rede? Der letztere nimmt Theil an dem Verbrechen (ad 1), er verfällt auch der Strafsatzung des Gesetzes (ad 2), aber warum in aller Welt gleicher Strafe d. h. gleichem Strafmass? Liegt nun in diesem Gedankengange an sich nichts Widersprechendes, so kann dies ebensowenig dann der Fall sein, wenn der Gesetzgeber hinzufügt: Hinsichtlich der Strafsatzung wird zu Gunsten des Helfers das Strafminimum dahin dehnbar, veränderlich gemacht (in ähnlicher Weise, wie dies bei Strafmilderungsgründen geschieht, und zwar ohne dass Jemand noch darin Inconsequenz gefunden hätte), dass derselbe nach richterlichem Ermessen auch mit einer Strafe belegt werden kann, welche in der Hälfte des gesetzlichen Strafminimums ihre Minimalgrenze findet. John argumentirt aus der Quelle der preussischen Gesetzesbestimmung und deren etwaigem Sinne gegen das an sich harmlose „Strafgesetz", welches doch in erster Linie das anwendbare Verbrechen, erst in zweiter die anzuwendende Strafsatzung betonen will, auf Gleichheit des Strafmasses aber überall keinen Schluss gestattet, wo nämlich relative Strafbestimmung vorliegt. Oder sind etwa alle Mitthäter eines einfachen Diebstahls dadurch mit gleichem Strafmass bedroht, wenn das Gesetz ausspricht: der einfache Diebstahl ist mit

Gefängniss von einem Monat bis zu zwei Jahren zu bestrafen? Ich vermag somit nicht einzusehen, warum folgende Grundsätze irgend widersprechend formulirt sein sollten:

Das auf den Thäter anwendbare Strafgesetz findet gleichfalls Anwendung auf den Anstifter und den Helfer, und zwar

1. bestimmt sich das begangene Verbrechen für alle schuldhaft Betheiligten nach der thäterischen That; wogegen
2. die Strafsatzung des für dieses Verbrechen bestimmten Strafgesetzes
 a. auf den Anstifter unveränderliche Anwendung leidet,
 b. für den Helfer aber um so und soviel nach Ermessen herabgesetzt werden kann (also hier veränderliche Anwendung leidet, und zwar in ihrer Minimalgrenze).

Es bedarf der Erörterung nicht, dass hier zuvörderst schon der Satz a. nicht gleiche Strafe des Anstifters wie des Thäters vorschreibt (vgl. auch John, Mot. S. 248), sondern nur Verweisung auf den für den Thäter aufgestellten Strafrahmen auch hinsichtlich des Anstifters. Und sodann was den Satz b. betrifft, soll und muss die Herabsetzungsfrage der Helferstrafe selbstredend lediglich Sache des Richters beziehungsweise Gerichtshofes sein (s. auch John, Mot. S. 255). Denn nur diesem kann wie die Strafzumessung so auch die vom Gesetz gestattete Strafermässigung zustehen. Uebrigens darf ich die Bemerkung nicht zurückhalten, dass m. E. diese gleichwie andere Fragen des Strafverfahrens in einem Entwurfe zum Norddeutschen Strafgesetzbuch möglichst zu vermeiden sind. Eine Strafprocessordnung für den Norddeutschen Bund wird — wie schwer auch die Lösung der Aufgabe erscheinen mag — als unabweisliche Nothwendigkeit sich herausstellen. Diese gemeinsame Strafprocessordnung wird die Abgrenzung des den Geschwornen und des dem Gerichtshofe ausschliesslich zuzuweisenden Materials — ein Verhältniss, das anerkanntermassen vielfach im Argen liegt — allererst klar hinzustellen haben. Umsoweniger darf daher in dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches dieser Grenzmarkung vorgegriffen, oder gar auf das heute in Preussen hier oder dort geltende Strafverfahren, das ja nicht blos ungleichartig sondern auch mancher Verbesserungen fähig und bedürftig ist, Bezug genommen werden. —

Je mehr nach Vorstehendem Ueberzeugung mich nöthigte, von den Ansichten und Vorschlägen Johns abzuweichen, wie das aus meinem Entwurfe (§. 68 a. E.) noch klarer erhellen wird, umso grössere Beruhigung musste es mir gewähren, dass ich hinsichtlich der begrifflichen Auffassung von Anstiftung und Hülfe an sich wie auch im

Verhältniss zur Thäterschaft in allem Wesentlichen fortdauernde Uebereinstimmung mit den in gegenwärtiger Schrift niedergelegten Grundsätzen finden durfte. Noch mehr. Auch in Betreff der „öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen" (J. Entw. §. 30. Mot. S. 256 ff.) sowie der „unterlassenen Anzeige" (Mot. S. 262 ff.) kann ich den Ausführungen des Verf. nur beipflichten.

Dasselbe gilt von der „Begünstigung", soweit es sich lediglich um die Erörterungen Johns in den Motiven (S. 258 ff.) handelt. Nur mögte ich anstatt der von John aus gutem Grunde angefochtenen Bezeichnung „ein besonderes Delict mit accessorischem Karakter" die vielleicht minder anstössige: mit abhängigem Character — in Vorschlag bringen, sowie auch glauben (gegen John, Mot. S. 260), dass hiervon doch wohl „ein zweites Beispiel im Gebiete des deutschen Strafrechts aufgefunden werden" kann, nämlich die Kuppelei (s. oben unsern §. 64), während freilich die Hehlerei selbst nur einen Fall der Begünstigung bildet. Nicht aber bin ich einverstanden mit der Fassung der §§. 31. 32 betreffend die Begünstigung und die durch vorherzugesagte Begünstigung geleistete Hülfe, welche §§. des Johnschen Entwurfs den entsprechenden des Preuss. St. G. B. fast wörtlich nachgebildet sind. Meine früher in gegenwärtiger Schrift (§. 64) motivirten Ausstellungen werden in den nichtunerheblichen Abweichungen meines Entwurfs (dessen §§. 5 und 6) deutlich genug hervortreten. Und ebenso die von mir vertheidigte Terminologie, nach welcher es wünschenswerth erscheint, nicht blos den „Urheber", sondern auch die abgelebten Bezeichnungen „Beihülfe" und „Gehülfe" in gemeinsamer Gruft zu bestatten.

Eben in dem Titel, welcher von der Verbrechermehrheit handelt, musste m. E. noch mehr, als im Entwurfe Johns geschehen ist, das verwirklicht werden, was John in der Einleitung S. 23 mit vollem Recht als legislatorische Aufgabe hinstellt: „Das Preuss. St. G. B. ist geeignet, bei der Bearbeitung eines Entwurfs für das St. G. B. des Norddeutschen Bundes zu Grunde gelegt zu werden; aber das Preuss. St. G. B. ist in keinem Falle geeignet, das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes zu sein, bedarf vielmehr, damit dieses möglich werde, der durchgreifendsten Umarbeitung."

§. 68.

Gesammtergebniss in Form eines Entwurfs.

Es hiesse die Geduld des Lesers ermüden, wollte ich die Ergebnisse dieser Schrift hier in systematischer Uebersicht zusammenstellen.

Ich ziehe vor an deren Stelle einen unmassgeblichen Entwurf zu setzen, in welchem kurz und wie ich hoffe deutlich hervortritt, wie nach dem Ergebnisse dieser Schrift die allgemeine Lehre von der Theilnahme in einem Gesetzbuche der Zukunft etwa lauten müsste. Ich bin darauf gefasst, dass man dem §. 1 dieses Entwurfs den „Lehrbuchskarakter“ vorwerfen wird. Meine Vertheidigung beschränkt sich darauf, dass mein Entwurf überhaupt einen anderen Standpunct einnehmen musste als die herkömmlichen. Derselbe hat nicht ausschliesslich ein bestimmtes eben heute projectirtes Gesetzbuch im Auge, sondern ist vorwiegend das Ergebniss rechtsgeschichtlicher Forschung, gewissermassen ein Abschluss des m. E. heute geltenden positiven deutschen Strafrechts. Mag immerhin der Gesetzgeber es angemessen erachten, im Hinblick auf seinen rein praktischen Standpunct dem §. 1 meines Entwurfs die Aufnahme in das Gesetzbuch der Zukunft zu versagen. Ich mögte in diesem Falle mindestens glauben, dass das darin niedergelegte Princip in etwaigen Motiven des Gesetztitels Aufnahme und Berücksichtigung verdienen würde. —

Nach den Erörterungen der Einl. §. 2 und des Zweiten Theils §§. 36 ff. bedarf es keiner weiteren Erklärung, dass und warum ich die Pseudobegriffe „Urheber, Miturheber, Komplott“ ebensowenig kenne und anerkenne, wie das Preuss. St. G. B in seinem Titel „Von der Theilnahme an einem Verbrechen etc.“ Dagegen wurde die Bezeichnung „Theilnehmer, Theilnahme“ von mir lediglich deshalb allganz vermieden, weil dieselbe mehrdeutig und somit irreleitend sich gestaltet hat. In der That versteht ja, um der Doctrin gar nicht zu gedenken, sogar das Preuss. St. G. B. selbst darunter bald alle schuldhaft Betheiligten schlechthin, bald nur die betheiligten Nichtthäter. Noch mehr. Der dritte Titel seines Allgemeinen Theils handelt ex professo „von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen“, und begreift hier unter Theilnehmern alle ausser dem Thäter Betheiligten, einschliesslich des Begünstigers, Nichtanzeigers, öffentlichen Aufforderers, im Texte des Titels §§. 34. 35 dagegen (technisch) nur die Anstifter und Helfer, mit Ausschluss also der letztgenannten (Begünstiger u. s. f.). Vgl. schon

Berner, Grunds. §. 18.

Diesem engeren Sprachgebrauch schliesst sich an die St. Pr. O. im §. 323. Allein anderswo begegnet uns das Wort Theilnahme obendrein in jener dritten gemeinrechtlichen Bedeutung, umfassend alle am Verbrechen etc. Betheiligten schlechthin, also mit Einschluss der Thäter. Mit Bezug auf den §. 52 des St. G. B. hat dies bereits hervorgehoben

John, Kritiken. S. 5 ff.

Ganz dasselbe aber gilt von den §§. 91 und 96, und ausserhalb des St. G. B. von folgenden noch geltenden Einzelgesetzen:

Ges. vom 31. März 1837 über die Strafe der Widersetzlichkeit bei Forst- und Jagd-Verbrechen. §. 6.

Ges. vom 11. März 1850 betr. Missbrauch des Versammlungs- und Vereinigungsrechts. §. 17. Al. 3.

Wiederum anderswo verwendet das St. G. B. in diesem allgemeinsten Sinne angemessener das Wort „Betheiligte"; so im §. 92. Al. 2. und §. 195. Al. 1 und 2 (vgl. auch das angez. Gesetz vom 11. März 1850 a. a. O. a. E.). — Und das Alles in einem Gesetzbuche, zu dessen unleugbaren Vorzügen im Uebrigen eine scharfe und consequente Wortfassung gehört!

Nur damit könnte ich allenfalls einverstanden sein, wenn man „Betheiligte" alle Mitschuldigen schlechthin — so in der Titelüberschrift —, „Theilnehmer" dagegen die Anstifter und Helfer zusammengenommen im Gegensatz zu den Thätern, nennen wollte. Dann aber müsste eine anderweite allgemeinere Verwendung des Ausdrucks im Gesetzbuche auf das Strengste ausgeschlossen bleiben. Dies würde sogar den Begünstiger, gleich dem Nichtanzeiger, von den Theilnehmern absondern und unter die „Betheiligten" stellen, wenn man einmal — was ja im Zuge der Zeitanschauung zu liegen scheint — fortfahren will die Begünstigung als selbständiges Nebenvergehen zu behandeln. So würde folgende feste Terminologie und systematische Gliederung gewonnen sein:

Schuldhaft Betheiligte an einem Verbrechen (oder Vergehen).

1. Thäter beziehungsweise Mitthäter.
2. Theilnehmer, entweder
 a. Anstifter, oder
 b. Helfer, und zwar, wenn man diese Unterscheidung überhaupt festhalten will: α. Geistige, β. Gemischte.
3. Begünstiger, soweit nicht ein Sondervergehen (Hehlerei) zutrifft.
4. Nichtanzeiger bestimmter bevorstehender Verbrechen. —

Die ausdrückliche Erwähnung des sog. concursus necessarius in meinem Entwurf (§. 1 a. E.) rechtfertigt sich eben nur als zur Zeit erforderlich, wogegen dieselbe würde hinwegfallen können, sobald die herrschende Lehre von der „nothwendigen Theilnahme" als eines vom Gebiet des concursus plurium ad delictum ganz oder theilweise auszuschliessenden Begriffs einer besseren Erkenntniss im Sinne gegenwärtiger Schrift Platz gemacht hätte.

Die im §. 2. Al. 2 des Entwurfs dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Herabsetzung der gesetzlichen Strafe bis auf die Hälfte des Strafminimums cessirt selbstverständlich, wo das Strafminimum selbst bereits mit dem geringsten zulässigen Masse der mildesten gesetzlichen Freiheitsstrafe (Gefängniss von Einem Tage) zusammenfällt. Bei Zuchthausstrafe muss Verwandlung in Gefängnissstrafe statthaft erscheinen, wenn das Strafminimum des Gesetzes für den Thäter in der geringsten zulässigen Dauer der Zuchthausstrafe bestände.

Einer Rechtfertigung des Inhalts der §§. 3. 4 des Entwurfs überheben mich die Ausführungen in gegenwärtiger Schrift. Für die Bestimmungen der §§. 36 (öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Vergehen) und 39 (Vergehen der Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen) des Preuss. St. G. B. habe ich zuvörderst nur aus Rücksicht auf die Uebersichtlichkeit meiner Vorschläge und die beschränkte Aufgabe dieser Schrift im Entwurfe keinen Ersatz geboten. Uebrigens bin ich der Meinung, dass nur das erstgenannte jener Sondervergehen Aufnahme verdient. —

Entwurf.

Titel x. Von der Betheiligung mehrerer Personen an einem Verbrechen (oder Vergehen).

§. 1.

Wenn ein Verbrechen (oder Vergehen) von mehreren Personen durch deren Zusammenwirken vollendet oder versucht worden ist, so ist jeder Einzelne der an demselben schuldhaft Betheiligten zu bestrafen

1. nach dem Antheil am Thaterfolge, welcher der verbrecherischen Willensrichtung und Thätigkeit desselben für sich betrachtet zuzurechnen ist, sowie
2. nach der Art und Wirksamkeit der verbrecherischen Einwirkung, welcher derselbe auf die Willensbestimmung und Thätigkeit des beziehungsweise der anderen sich schuldig gemacht hat.

In beiden Beziehungen macht es keinen Unterschied, ob das Verbrechen (oder Vergehen) seinem Begriffe nach die Mitwirkung mehrerer Personen erforderte oder nicht.

§. 2.

Das auf den Thäter beziehungsweise die Mitthäter anwendbare Strafgesetz findet gleichfalls Anwendung auf diejenigen Personen,

welche ausser jenem beziehungsweise jenen sei es als Anstifter sei es als Helfer an der Verübung des vollendeten oder versuchten Verbrechens (oder Vergehens) sich schuldhaft betheiligt haben.

Doch kann für die nur als Helfer Betheiligten die für den Thäter bestimmte gesetzliche Strafe nach richterlichem Ermessen bis auf die Hälfte des niedrigsten im Gesetze bestimmten Masses herabgesetzt werden. Anstatt der Todesstrafe oder ausschliesslich lebenslänglichen Zuchthausstrafe ist in solchem Falle auf zeitige Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren und Stellung unter Polizeiaufsicht, wenn aber das Strafminimum des Gesetzes das niedrigste gesetzliche Mass der Zuchthausstrafe ist, auf Gefängnissstrafe zu erkennen. Im Uebrigen bleiben auch hier die Vorschriften über das geringste gesetzliche Mass der Freiheits- und Geldstrafen in Anwendung.

Bei der Strafzumessung für die einzelnen sei es als Thäter sei es als Nichtthäter Betheiligten ist namentlich in Betracht zu ziehen, ob die verbrecherische Betheiligung nach einem der That vorausgehenden Einverständniss, oder gar als eine gewerbmässige, erfolgt ist.

§. 3.

Wenn besondere Eigenschaften in der Person eines Betheiligten oder desjenigen, auf welchen die That sich bezog, oder besondere Umstände, unter welchen die That begangen wurde, auf die Strafbarkeit dieses Betheiligten einen erhöhenden beziehungsweise schärfenden oder mindernden beziehungsweise mildernden Einfluss haben, so üben dieselben nur dann einen entsprechenden Einfluss auf die Strafbarkeit auch des oder der anderen Betheiligten, wenn und soweit sie diesem oder diesen zur Zeit der That bekannt waren.

Diejenigen Eigenschaften oder Umstände aber, welche nicht mit der That selber, sondern lediglich mit der Individualität des einzelnen Betheiligten in Zusammenhang stehen, und für diesen erschwerte oder gemilderte Strafe oder gar Straflosigkeit bewirken, kommen für die Strafbarkeit der übrigen Betheiligten auch dann nicht in Betracht, wenn sie denselben zur Zeit der That bekannt waren.

§. 4.

Wer zur Vollendung oder zum Versuch des Selbstmordes oder der Selbstverstümmelung in den Fällen, wo diese Handlungen am Thäter selbst nicht bestraft werden, als Anstifter oder Helfer mitgewirkt hat, ist mit Gefängniss von Einem Monat bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Die Tödtung beziehungsweise Verstümmelung eines Einwilligenden

wird, soweit darüber besondere Bestimmungen nicht gelten, mindestens mit Gefängniss von drei Monaten, höchstens mit Zuchthaus von zehn Jahren bestraft.

§. 5.

Wer nach Verübung eines Verbrechens (oder Vergehens) dem Thäter, Anstifter oder Helfer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder ihm die Vortheile des Verbrechens (oder Vergehens) zu sichern, ist, soweit er nicht eines anderweiten strafbaren Verbrechens (oder Vergehens) dadurch sich schuldig gemacht hat, als Begünstiger mit Gefängniss bis zu Einem Jahre oder mit Geldbusse bis zu zweihundert Thalern zu bestrafen.

Diese Strafe tritt nicht ein, wenn die Begünstigung dem Thäter, Anstifter oder Helfer, und zwar um denselben der Bestrafung zu entziehen, von leiblichen Verwandten in auf- oder absteigender Linie, von leiblichen Geschwistern oder von dem Ehegatten gewährt worden ist.

§. 6.

Der Begünstiger soll gleich demjenigen, welcher anstiftet beziehungsweise Hülfe leistet, bestraft werden, wenn die Begünstigung in Folge einer vor der That gegebenen Zusage gewährt worden ist.

Diese Vorschrift kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Begünstiger zu den Angehörigen (§. 5. Al. 2) des Begünstigten gehört.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Quellenregister.

(Auf den mit * bezeichneten Seiten findet sich die betreffende Stelle abgedruckt oder erörtert.)

I. Römisches Recht.

A. Justinianeische Quellen.

1. Institutionen.

4, 1. de obl. quae ex delict. etc.
§. 8. S. 87 ff.* 255.
4, 18. de public. judiciis.
§. 6. S. 258 ff.* 300.
§. 9. S. 300 ff.*

2. Digesten.

1, 5. de judiciis.
L. 15. S. 85.*
1, 12. de offic. praef. urb.
L. 1. §. 10. S. 208.
2, 14. de pactis.
L. 50. S. 86.
3, 2. de his, qui notant. etc.
L. 4. §. 3. S. 24. 91. 124.
4, 6. ex quibus caus. major.
L. 26. § 4. S. 85.
4, 8. de receptis.
L. 3. §. 1. L. 9. §. 3. S. 85.
9, 2. ad leg. Aquil.
L. 11. §. 2. S. 128.
11, 3. de servo corrupto.
L. 1. §§. 3–5. S. 88.*
„ 1. §. 5. S. 350.
„ 10. S. 251.
„ 11. §. 2. L. 14. §. 9. S. 86.
12, 5. de cond. ob turp. caus.
L. 2. §. 2. S. 336. 338.
13, 1. de cond. furtiva.
L. 5. L. 6. S. 243.
17, 2. pro socio.
L. 57. S. 208.
„ 79. S. 84.
21, 2. de eviction.
L. 51. pr. S. 85.
23, 2. de ritu nuptiar.
L. 43. §. 5. S. 124.
26, 7. de admin. tut.
L. 7. §. 2. S. 85.
26, 10. de susp. tutor.
L. 3. §. 5. S. 85.
29, 5. de SC. Silan.
L. 1. §. 24. S. 12.
40, 1. de manumiss.
L. 4. §. 1. S. 59.*
43, 29. de hom. lib. exhib.
L. 3. §. 5. S. 86.
47, 2. de furtis.
L. 36. §. 1. S. 288.
„ 36. §§. 2. 3. S. 89.*
„ 46. §. 8. S. 87.
„ 50. §. 2. S. 186.*
„ 50. §. 3. S. 86.
„ 51. §. 2. S. 144.
„ 52. pr. S. 288.
„ 53. pr. S. 158. 186.*
„ 91. S. 87.
47, 8. vi bonor. raptor. etc.
L. 4. §. 3. S. 374.*
47, 10. de injuriis.
L. 11. §§. 3–6. S. 90.*
47, 11. de extraord. crimin.
L. 1. pr. S. 351.*
L. 5. S. 86.
47, 21. de termin. mot.
L. 2. S. 281.*

48, 4. ad leg. Jul. majest.
L. 1. S. 145.
„ 1. §. 1. L. 4. pr. S. 208.
48, 5. ad leg. Jul. de adult.
L. 6. §. 1. S. 350.
„ 11. L. 12. S. 357.
„ 38. pr. S. 364.
„ 39. §. 4. S. 208.
48, 8. ad leg. Corn. de sicar.
L. 1. S. 94.*
„ 14. S. 93.*
„ 15. S. 102. 155. 201.
48, 9. de leg. Pomp. de parric.
L. 1. L. 6. S. 258 ff.*
48, 10. de leg. Corn. de fals.
L. 1. §. 2. S. 336.
„ 6. pr. S. 350.
„ 21. S. 336.
48, 11. de leg. Jul. repetund.
L. 4. L. 6. S. 338.
„ 6. §. 2. S. 85. 338.
48, 15. de leg. Fav. de plag.
L. 6. pr. S. 86.
48, 17. de requirendis etc.
L. 5. §. 3. S. 144.
48, 19. de poenis.
L. 5. §. 2. S. 208.
„ 16. pr. S. 94.* 161.
„ 16. §. 9. S. 350.
„ 18. S. 93.*
„ 38. § 2. S. 371.
„ 38. §. 10. S. 336.
50, 16. de verb. significat.
L. 225. S. 350.
50, 17. de div. reg. jur.
L. 47. pr. S 89.

3. Codex.

1, 4. de episcop. audient.
L. 3. S. 350.
1, 5. de haereticis.
L. 2. S. 59.
1, 55. de defensor. civit.
L. 4. S. 92.
2, 6. de postulando.
L. 6. §. 1. S. 59.
2, 15. de his qui potent. nom.
L. unic. S. 59.
3, 26. ubi caus. fiscal.
L. 1. S. 12.
4, 20. de testibus.
L. 11. S. 208.
5, 27. de natur. lib.
L. 1. S. 86.
6, 2. de furtis etc.
L. 4. S. 88.
„ 20. S. 87 ff.* 255.
7, 49. de poena judicis, qui etc.
L. 2. S. 84.*
7, 64. quando provocare etc.
L. 7. S. 84. 341.
9, 2. de accusation.
L. 5. S. 90.*
9, 8. ad leg. Jul. majest.
L. 3. S. 86.
„ 5. L. 6. S. 209.
9, 9. ad leg. Jul. de adult.
L. 18. S. 357.*
„ 30. S. 351.
9, 18. de maleficis etc.
L. 3. S. 86.*
„ 7. S. 85.*
„ 9. S. 85.* 209.
9, 24. de falsa moneta.
L. 1. S. 157.
9, 27. ad leg. Jul. repetund.
L. 6. S. 336.
9, 30. de seditiosis.
L. 2. S. 371.
9, 41. de quaestion.
L. 4. S. 209.
11, 63. de fugit. colon.
L. 2. S. 86.
12, 33. de perfect. dignitat.
L. unic. S. 341.
12, 51. de curs. publ.
L. 17. S. 86.

4. Novellen.

Nov. 8. c. 8. S. 91.* 124.
„ 13. c. 2. S. 209.
„ 17. S. 92. 338.
„ 82. c. 9. S. 338.
„ 117. c. 11. S. 357.
„ 134. c. 10. S. 352.

B. Anderw. röm. Quellen.

Gaji Comment. III. §. 198. S. 87.*

Pauli Sent Receptae:
Lib. II. Tit. 26. §. 13. S. 366.*
„ III. „ 5. §. 12. S. 12.
„ V. „ 3. §. 14. S. 389.*
„ 25. §. 2. S. 336.

Codex Theodosianus:

1, 16. de offic. rector. prov. L. 3. S. 84.
4, 6. de natural. fil. L. 3. S. 86.
9, 7. ad l. Jul. de adult. L. 2. S. 352.

9, 16. de malefic. L. 6. L. 11. S. 85.
9, 40. de poenis. L. 1. S. 352.
Novellae Constit. Leonis Imp.
Const. LXX. de aggressionibus. S. 94.*

Cicero pro Tullio. c. 22. S. 92.
pro Rabirio. c. 6. S. 93.*
pro Cluentio. c. 22. S. 251.
in Verrem. V. c. 16. S. 251.
„ „ „ c. 62. S. 341.
Topic. c. 17. S. 92.
de Orat. III. c. 39. S. 92.
L. Ann. Seneca: De Ira. II. 31. S. 84.*
Juvenal. Sat. XIII. v. 208 sqq. S. 93.*
Festus (Paull. Diac. exc.) s. v. adulter. S. 350.

Glossa:
ad L. 4. §. 3. D. de his qui notant. S. 124.*
ad L. 1. §§. 3—5. D. de serv. corr. S. 89.*
ad L. 2. C. de poena judic. (7, 49). S. 84.*

Commentar.:
ad L. 11. §§. 3—6. D. de inj. S. 90 ff.*
ad Nov. 8. c. 8. S. 91 ff.*

II. Canonisches Recht.

A. Corp. Jur. Canon. cl.

1. Decretum.

Dist. 13. c. 1. S. 97.*
D. 25. c. 3. S. 96.
„ 81. c. 1. §. 1. S. 96.
Caus. 2. Qu. 7. c. 55. S. 101.*
C. 3. Qu. 9. c. 14. S. 103.
„ 6. „ 1. c. 21. S. 103.
„ 11. „ 1. c. 21. 22. S. 209.
„ 15. „ 3. c. 4. S. 337.
„ 22. „ 5. c. 2. 3. S. 99.
„ 22. „ 5. c. 5. S. 96 ff.*
„ 22. „ 5. c. 6. S. 98.*
„ 22. „ 5. c. 7. S. 100.*
„ 24. „ 3. c. 2. S. 97.
„ 32. „ 4. c. 4. S. 353.
C. 32. Qu. 5. c. 15. S. 350.
„ 32. „ 5. c. 23. S. 353.
„ 33. „ 3. c. 23. S 99.*

2. Decretal. Gregor. IX.

5, 12. de homicid. c. 6. S. 20. 96. 102 ff.* 128. 162.

3. Liber sextus.

5, 4. de homicid. c. 1. S. 100.*
5, 9. de poenis. c. 5. S. 101.*

B. Anderw. canon. Quellen.

1. Mos. 19, 5—9. S. 366.
3. „ 20, 10. S. 350.
3. „ 20, 13. S. 366.
5. „ 22, 22. S. 350.
Psalm 57. v. 5. — 64. v. 4 ff. S. 99.
Sprüche Salom. 14, 5. 34. S. 99. 96.
Ezechiel. 18, 4. S. 96.
Weish. Salom. 1, 11. S. 99.
Tob. 12, 10. S. 96.
Evang. Matth. 5, 21. 33. 37. S. 99.
„ „ 19, 8. 9. S. 353.
„ Joh. 19, 11. S. 99.
1. Corinth. 7, 2. S. 353.
Jacobi 3, 10. S. 99.

Collect. Anselmo dedicata. VII. c. 84. S. 84.
Nic. de Tudeschis (Abbas Sicul., Panormit.): Summa
ad c. 6. X. de homicid. S. 103 ff.*
Glossa ad c. 5. Caus. 22. Qu. 5. S. 97.*
„ ad c. 6. X. de homicid. S. 103 ff.*

III. German.-roman. u. g. deutsches Recht.

A. Volksrechte etc.

L. Sal. 45 (46). S. 130.
„ „ emend. XXX. 1—3. S. 108.*
„ „ „ XLIII. 12. S. 109.*
„ „ „ LVII. 6. S. 20. 109.*

L. Sal. (Herold.) XIV. §. 13 S. 117.
„ „ „ XXXI. S. 108.*
„ Ripuarior. 64 (66). S. 130.
„ „ 88. S. 337.
„ Angl. et Werin. Tit. 10. §. 9. S. 130.
„ Visigoth. VI. Tit. 1. §. 8. S. 129.*
„ Bajuvar. Tit. II. c. 3. S. 106.
„ Burgund. LXXX. 3. S. 109.*
Edict. Rothar. cc. 10. 11. S. 105.*
„ „ cc. 12. 14. 103. S. 105.
„ „ cc. 279. 280. S. 106.
„ „ c. 312. S. 105 ff.*
L. Liutpr. cc. 20. 21. 62. 118. S. 107.
„ „ c. 63. S. 104.*
„ „ c. 71. S. 105.*
„ „ c. 134. S. 106 ff.*
„ „ c. 138. S. 12. 107 ff.*
„ „ c. 143. S. 106.
Formul. ad L. Liutpr. c. 138. S. 108.*
Constit. Langobard. a. 1051. (Pertz. II. S. 42.) S. 119.*
Capitular. IV. c. 33. S. 119.*
„ VI. c. 191. S. 129.*

B. Rechtsbücher, Stadtrechte etc.

Sachsensp. II. 13. §. 6. S. 120.* 309.
„ II. 72. §. 4. S. 120
„ III. 46. §. 2. S. 121.
„ III. 78. §. 9. S. 121.
Rechtsb. nach Distinct. IV. 8. S. 116.
„ „ „ IV. 9. 10. S. 114.
Sächs. Weichb. Artt. 16. 46. S. 112.
Richtst. Landr. (Hom.) c. 31. §. 1. S. 352.
„ „ „ c. 33. §. 1. S. 114. 116.*
„ „ „ c. 35. §. 4. S. 114.
Blume d. Magd. R. (Hom.) I. 77. S. 114.*
Ger. Form. d. Joach. Handschr. (H.) § 4. S. 114.*
Kaiserrecht (Endem.) II. c. 60. S. 129.*
Schwabensp. (L.) 171. S. 119.*
„ „ 174. S. 121.* 209. 234.
„ „ 226. S. 118.
„ „ 227. S. 119.
„ „ 312. S. 117.*
„ „ 368. S. 119.
Rechtsb. Rupr. v. Freis. I. 118. S. 118.
„ „ II. 38. S. 209.*
Spiegel deutscher Leute (Ficker). 111. S. 120.
Stadtr. Entw. für Freiburg (Breisg.) a. 1275. (Schreiber Urk. I. 77.) S. 110.*
Kulmer Stadtr. III. 3. 9. S. 111.*
„ „ V. 30. 32. S. 118.
Prager Rechtsb. §. 35. S. 121.*
Brünner Schöffenb. 112. S. 59. S. 112.
„ „ 302. 397. S. 114.
Magd.-Bresl. Urk. (1295). §. 9. S. 112.
Magd.-Görl. Urk. (1304). Artt. 48. 71. S. 112.
Goslar. Stat (Göschen). pag. 34 ff. S. 112.
„ „ „ p. 38. Z. 15. 24. S. 121.
„ „ „ p. 42. Z. 31. S. 114.
„ „ „ p. 46. Z. 34. S. 113.
„ „ „ p. 47. Z. 34. S. 121.
„ „ „ p. 49. Z. 1—5. S. 357.
„ „ „ p. 89. Z. 29. S. 113. 121.
Stat. v. Nordhausen. A. §§. 8—10. 17. 22. 53. B. §§. 29—31. 34. S. 120.
Bamberg. Stadtr. §. 96. S. 112.
Speier. Stadtr. §. 10. S. 120.
Hamburg. R. (1497). O. 7. S. 131.* 133. 151 ff*.

Wormser Reformation (1498):
VI. 2. 14. 15. S. 136.* 145.
„ „ „ 19. S. 118 ff.* 131 ff.*

C. Quellen seit dem 16. Jahrh.

Tiroler Malef. Ordn. (1499). S. 137.
Radolphzell. H. G. O. (1506). §. 18. S. 291.
„ „ §§. 23. 25. S. 137.
Bamberg. H. G. O. Art. 38. S. 146 ff.*
„ „ „ 61. S. 143.
„ „ „ 62. S. 142.
„ „ „ 128. S. 141.
„ „ „ 141. S. 366.
„ „ „ 142. S. 363.
„ „ „ 145. S. 349. 354.*
„ „ „ 146. S. 346.* 371.*
„ „ „ 148. S. 142. 152.*
„ „ „ 152. S. 144.
„ „ „ 153. S. 143.
„ „ „ 154. S. 398.*
„ „ „ 160. S. 291.*
„ „ „ 171. S. 297.*
„ „ „ 174. S. 146.
„ „ „ 203. S. 136. 138 ff.* 160.
Correctorium z. Bamberg. S. 141.
Brandenb. H. G. O. Art. 203. S. 138.
Laienspiegel (1509). III. Art. 3. S. 148.*
„ „ „ 5. 8. S. 148.*
„ „ „ 7. S. 354.* 358.*
„ „ „ 9. S. 137. 148 ff.*

Projecte zur P. G. O.:

Pr. I. Art. 126. S. 354.
Pr. I. u. II. Art. 127. S. 346.
„ „ „ 141. S. 291.
„ „ „ 154. S. 152.
„ „ „ 184. S. 141.
Pr. II. Vorrede. S. 198.
„ Art. 126. S. 355.*
Peinl. G. O. (Carol.). Art. 6. S. 13.
„ „ 31. S. 146 ff.*
„ „ 40. S. 140 ff. 384 ff.
„ „ 48. S. 140.
„ „ 49. S. 141. 143.*
„ „ 50. S. 142.*
„ „ 107. S. 141. 144.
„ „ 111. S. 60. 157.
„ „ 116. S. 366.
„ „ 117. S. 362 ff.
„ „ 118. S. 367.
„ „ 119. S. 250.
„ „ 120. S. 355.
„ „ 121. S. 143. 346 ff.* 358.*
„ „ 123. S. 60. 384.
„ „ 127. S. 136. 141. S. 144 ff.* 246. 371 ff.*
„ Art. 128. S. 143.
„ „ 129. S. 398.*
„ „ 135. S. 291.*
„ „ 141. S. 13.
„ „ 145. S. 297 ff.*
„ „ 146. S. 198.
„ „ 148. S. 129 ff. 141. S. 143. 146.* 151.* 198. 200. 204. 209.
„ Art. 152. S. 136.
„ „ 166. S. 297.
„ „ 175. S. 297.
„ „ 176. S. 250.
„ „ 177. S. 136. 140 ff.* 310.
„ „ 178. S. 250.

Constitt. Pacis Heinrici regis et Frider. II. ann. 1230. 1234. 1235. S. 398.
Landfr. d. Sechs Kurfürsten ann. 1483. §. 8. S. 397.
Landfr. v. 1495. §§. 1—3. S. 397.
Reichsabsch. v. 1526. S. 372.
„ v. 1530. S. 372.
Landfr. v. 1548. Einleit. §. 1. III. §. 1. S. 397.
Reichsabsch. v. 1594. §§. 68. 69. S. 398.*
R. Gutacht. v. 1668. S. 330.
K. G. Visit. Absch. v. 1713. §. 46. S. 338.

Freiburger Stadtr. (1520) fol. 96. S. 112.
„ „ „ „ 97. S. 134.
Rev. Lübsch. R. (1586) IV. 6. 1. S. 347.
Sächs. Constitt. (1572) IV. C. XII. S. 151.*
„ „ „ „ C. XIV. S. 153.*
„ „ „ „ C. XVII. S. 143. 153.*
„ „ „ „ C. XXXIX. XL. S. 153. 157.

(Schlesw. Holstein. R.)

Mandat Christiani I. 13. Juli 1480. §§. 1. 3. S. 399 ff.*
Edict Christian IV. 24. Sept. 1590. S. 400.*
Ditmarsch. Landr. (1567) Art. 129. S. 347.
Eiderstedter Landr. (1591) IV. 35. S. 347.
Corp. Const. Holsat. I. Pag. 379 sqq. S. 360.
Schlesw. Verfüg. 13. März 1607. S. 337.
Verordn. 27. Apr. 1798. §§. 1. 5 ff. S. 353 ff.*
„ 4. Juli 1800. §. 1. S. 364.
„ 6. Mai 1859. §. 1. S. 353.*

D. Italische Praktiker.

Albertus de Gandino. Tract. de malefic. Rubr. de poena reor. nr. 12 sqq. S. 124 ff.*
Bonifac. de Vitalinis. Tr. super malef. Rubr. de insultu. nr. 24. S. 125.
Augustin. de Arimino. Apostill. ad Angel. Aretin. Et Sempr. Rud. nr. 37. S. 125.*
Aegid. Bossius. Tr. var. Tit. de poenis. nr. 16. nr. 59. S. 125 ff.*
Tit. de homicid. nr. 24. S. 197.
Jac. Menochius. De arbitr. judic. quaest. II. Cas. 352. nr. 1. nr. 14. } S. 126.*
„ Cas. 353. nr. 4.
Jul. Clarus. Pract. crimin. Qu. 88. 89. 90. nr. 1. S. 15. 126. 207.
Tiber. Decianus. Tract. crim. IX. Qu. 32. nr. 4. S. 126.*
Prosp. Farinacius. Oper. omn. IX. Qu. 130. nr. 42 sqq. S. 133.
„ „ nr. 130—139. S. 149.
„ 135. nr. 6. S. 126 ff.*

E. Deutsche u. a. Criminalisten bis auf Boehmer.

Petr. Theodoricus. Judic. crim. pract. Cap. V. (pag. 597) nr. 5. 7. S. 154.*

Jodoc. Damhouder. Prax. rer. crimin.
Cap. 96. §§ 4 sqq. S. 365.*
Cap. 135. pr. nr. 2. S. 160 ff.*
Matth. Berlich. Concl. practicabil.
IV. XI. nr. 3—18. S. 151.
„ „ nr. 8—19. S. 129.
„ XXI. XXII. XXV. S. 153.
V. LVI. S. 153.
Anton. Matthaeus. De crimin. ad libr. 47. 48. Dig. Comment. Prolegom. Cap. I. nr. 7. Cap. II. S. 161 ff.*

Bened. Carpzov. Pract. nov. etc.:

P. I. Qu. 4. nr. 12. S. 126.
„ „ 11. „ 55. S. 156 ff.*
„ „ 22. „ 31. S. 157.
„ „ 25. „ 13. S. 155.* 201.
„ „ 35. „ 1. 17 sqq. nr. 29. S. 155. 398 ff.*
P. I. Qu. 37. nr. 61. S. 153. 156 ff.*
„ „ 42. „ 67. S. 156. ff.*
„ „ 87. (u. 37). S. 133.
P. II. Qu. 87. nr. 5. 6. S. 153. 156.* 286.
P. III. Qu. 134. nr. 37. 60. 61. S. 140. 156.*
Gobleri Versio art. 49. C. C. C. S. 143.
„ „ „ 107. „ S. 144.
„ „ „ 177. „ S. 141.
Remi Paraphr. artt. 107. 177. C. C. C. S. 141. 144.
Anton. Thesaurus (Tessaurus) libr. sing. Quaest. for. Qu. 46 i. f. S. 206.
Ejusd. Nov. Decis. XXXI. pr. S. 206.
Joh. Kress. Comment. succ. in C. C. C. ad art. 127. S. 145 ff.* 162.
„ „ 129. S. 399.*
„ „ 145. S. 298.*
„ „ 148. §. 1. S. 206.*
„ „ 177. S. 19 ff.* 141. 162.* 206.*

J. S. F. de Boehmer. Observ. sel. ad B. Carpzov. Pract. nov.:

Obs. I. ad Carpz. I. Qu. 4. S. 163.* 299.
„ I. „ „ I. „ 35. S. 399.*
„ I. „ „ II. „ 87. S. 164.*
„ II. „ „ „ „ S. 166.

Ejusd. Meditt. in C. C. C.:

„ art. 127. §. III. S. 371.* 376.*
„ „ 129. §. IV. S. 399.*
„ „ 148. §. I. S. 206. 211.
„ „ 177. §. III. S. 31.
„ „ „ §§. I—X. S. 164 ff.*

IV. Neuere Gesetzgebung.

Const. Theres. Art. 3. §. 12. S. 384.
Preuss. Allg. L. R. II. 20. §§. 64. 1209. S. 21. 220. 236.
Preuss. Strafgesetzbuch (Text v. 1859): Th. I. Tit. 3. S. 412 ff.*
§. 34. S. 294. 406 ff. 412 ff.
§. 34. 1). S. 185.* 251 ff.* 274. u. a.
§. 34. 2). S. 60. 282.* 392. u. a.
§. 35. Al. 1. S. 260. 274. 303. 409.*
§. 36. S. 146. 246.
§§. 37. 38. S. 60. 387. 390 ff.*
§. 39. S. 393 ff.*
§. 62. S. 380.
§. 63. S. 218. 233. 379 ff.*
§. 65. S. 146. 246.
§. 68. S. 367.
§§. 87. 88. S. 146. 246.
§§. 89. 90. S. 368. 370 ff.*
§. 91. S. 370 ff.*
§. 92 (Al. 2). S. 377 ff.* 413.
§. 94. S. 368.
§. 96. S. 233. 378 ff.*
§§. 98. 99. S. 233. 381.*
§. 100. S. 246.
§. 111. S. 367.
§. 112. S. 394.*
§. 139. S. 361.*
§. 140. S. 72. 356.
§. 141. S. 364. 386.
§§. 142. 145. 149. S. 367.
§. 143. S. 366.
§§. 147. 148. S. 385 ff.*
§§. 164—174. S. 72. 246. 327—336.*
§§. 175. 176. S. 336.
§. 180. S. 231. 260.* 301.*
§. 181. Al. 2. S. 260. 301.*
§. 185. S. 14.*
§. 192. S. 368.
§. 195. S. 21. 293. 413.
§§. 212. 213. S. 397.
§ 214. S. 233. 379. 397.
§. 216. S. 230.
§. 217. 3). 4). 6). S 230—233. 274.
§. 218. 7). S. 21. 242.*
§. 228. Al. 2. S. 261. 293 ff.* 384.
§. 232. 2). S. 21. 242.*
§§. 237 ff. S. 387 ff.*
§. 266. S. 367.
§. 281. S. 379.
§. 284. S. 233. 379. 397.
§. 285. S. 266.
§. 288. S. 268.*
§§. 290. 291. S. 190.
§§. 309—313. S. 337—344.*

§. 321. S. 60.
§. 328. S. 302.
§. 329. Al. 2. S. 191.
§. 330. S. 60.
§. 331. Al. 1. S. 339.
„ „ „ 2. S. 258. 343.
§. 346. 1). S. 379. 397.

Preuss. Str. Proc. Ordn. (1867):
§§. 8. 10. 62. 69. 76. 168. 323. 352. S. 15 ff. 412.

Preuss. Reglem. v. 28. Dec. 1810. §. 9.
Regl. v. 18. Nov. 1819. §. 11. S. 328.
„ Ges. v. 31. März 1837. §§. 4. 6. S. 15.* 22.* 208.* 413.
„ Verordn. 11. März 1850. (§. 17. Al. 3.) S. 381 ff. 413.
„ Ges. 12. Mai 1851. §§. 29. 34. 50. S. 15.* 22.*
„ „ 2. Juni 1852. §§. 8. 10. 33. S. 15. 22.* 60.

Preuss. Ges. 11. April 1854. §. 5. S. 378.
„ „ 14. April 1856. S. 233.

Württemb. St. G. B. §. 78. S. 42.
Braunschw. „ „ §§. 148. 158. S. 261.
Bad. St. G. B. §§. 134. 135. S. 307.
„ „ §. 208. S. 261.
„ „ §. 388. S. 293.
Thüring. „ Art. 121. S. 261.
Sächs. „ Art. 158. S. 261.
Bayr. „ Art. 54. S. 282.
„ „ Artt. 56. 57. S. 270.
„ „ Art. 58. S. 390.

Code pénal. Art. 59. S. 20. 409.*
„ „ Art. 60. S. 251. 307. 406.
Code d'instruct. crimin. Art. 32. S. 16.

Berichtigung.

S. 103. Z. 2. u. 17. v. o. lies: der Decretale.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Druck von A. Th. Engelhardt in Leipzig.

Häusler.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schütze, Theodor Reinhold,

Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen zugleich ein Beitrag zur Lä
uterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit

Leipzig 1869

Crim. 232 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10395434-9